

La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa

por

ISABEL ZURITA MARTÍN
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN DE LA HIPOTECA INVERSA:
 1. REQUISITOS OBJETIVOS:
 - a) *El crédito.*
 - b) *El inmueble hipotecado.*
 2. REQUISITOS SUBJETIVOS.
 3. REQUISITOS TEMPORALES:
 - a) *Hipoteca vitalicia y tipos de prestaciones.*
 - b) *Inconvenientes económicos de la hipoteca vitalicia.*
- III. OTROS REQUISITOS LEGALES DE CONSTITUCIÓN.
- IV. LA EXTINCIÓN DEL PRÉSTAMO:
 1. FALLECIMIENTO DEL DEUDOR O DE LOS BENEFICIARIOS.
 2. CANCELACIÓN ANTICIPADA DE LA HIPOTECA POR EL DEUDOR.
 3. PLAZO PARA LA CANCELACIÓN DEL PRÉSTAMO POR LOS HEREDEROS.
 4. DECLARACIÓN DE VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL PRÉSTAMO POR EL ACREEDOR.
 5. ACCIÓN DE DEVASTACIÓN Y VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL PRÉSTAMO EX ARTÍCULO 1129.3.º DEL CÓDIGO CIVIL.
- V. EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA DEUDA HIPOTECARIA:
 1. LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA DEUDA HIPOTECARIA A LOS BIENES DE LA HERENCIA.
 2. LA EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA A LOS INTERESES DE LA DEUDA: LA EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 114.2 DE LA LEY HIPOTECARIA.
- VI. PREVISIONES DE CARÁCTER ECONÓMICO Y FISCAL.
- VII. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

De todos es conocido que España es uno de los países más longevos del mundo, y también que la población española es de las más envejecidas de Europa. Esta realidad viene confirmándose con el paso del tiempo, y ha ido agudizándose en los últimos veinte años de forma espectacular. Según datos tomados del Libro Blanco sobre las personas en situación de dependencia, publicado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en diciembre de 2004, el fenómeno del envejecimiento va a continuar en los próximos años, en los que la población mayor seguirá incrementándose de manera notable, a la vez que disminuirá la proporción de personas en edades jóvenes; se agudizará, por otra parte, con el paso del tiempo, lo que se ha llamado «envejecimiento del envejecimiento», esto es, el gran aumento que va a experimentar el colectivo de población de ochenta y más años, cuyo ritmo de crecimiento será muy superior al del grupo de sesenta y cinco y más años en su conjunto.

No obstante, aunque contemplemos esta realidad con cierta alarma, no puede desconocerse que la elevada longevidad es un importante logro humano; así, las sociedades más avanzadas son las que gozan de una esperanza de vida más alta. Pero toda conquista humana ha de soportar un coste más o menos significativo.

En verdad, todos anhelamos disfrutar de una larga existencia, pero deseamos con igual intensidad llegar al último tramo de nuestra vida en las más óptimas condiciones físicas. Lamentablemente ambos anhelos no siempre se ven satisfechos, pues la senectud aparece inexorablemente acompañada por el deterioro físico de la persona y, en muchas ocasiones, este deterioro físico conduce a la falta de capacidad del anciano para valerse por sí mismo.

Por ello, aunque hayamos considerado la alta longevidad como un importante logro humano, esta consideración no nos puede hacer desconocer las consecuencias negativas que de ello se derivan. El envejecimiento de la población puede ocasionar un importante problema social, en cuanto a mayor porcentaje de población anciana, mayor es también el número de personas que se encuentran en situación de dependencia. Las situaciones de dependencia producen dos efectos negativos: uno físico y moral y otro económico. En el orden moral, la necesidad de asistencia física que manifiesta el individuo de elevada edad constituye una importante carga emocional, tanto para él como para sus familiares más cercanos, quienes, hasta la fecha, han venido constituyendo su principal, si no único, punto de apoyo. En el aspecto asistencial, el Estado comienza a dotarse de los medios necesarios para atender las necesidades derivadas de este tipo de dependencia, de ahí que vaya promulgando normas encaminadas a otorgarles, en primer lugar, cobertura legal apropiada. Buena muestra de ello es la reciente Ley 39/2006, de 14 de di-

ciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y de Atención a las personas en situación de dependencia. Esta Ley, comúnmente conocida como Ley de Dependencia, se orienta a regular las condiciones básicas de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas. El sistema tiene por finalidad principal la garantía de las condiciones básicas y la previsión de los niveles de protección a que se refiere la Ley.

Pero en el ámbito privado, el aspecto económico preocupa también al legislador, pues debe acudir a nuevos mecanismos para que la persona pueda realizar previsiones económicas para afrontar los efectos de una hipotética dependencia. Más allá de las prestaciones sociales, cada vez más amplias, que ofrecen los organismos públicos, el legislador también comienza a sentar las bases para la «autoatención» de la persona anciana, otorgando beneficios y creando figuras jurídicas especialmente previstas para paliar las situaciones de dependencia en la forma más cercana posible al ámbito familiar y personal de la persona mayor. Se trataría de que cada persona pudiera «autoatender» sus necesidades futuras desde el punto de vista económico y, por ende, asistencial. En este marco se encuadrarían todos los esquemas contractuales dirigidos, en mayor o menor medida, a la asistencia de personas mayores, como el contrato de alimentos o lo previsto por la Ley catalana de acogida familiar para personas mayores.

Sin duda, entre los medios jurídicos encaminados a esta «autoatención» debe situarse la hipoteca inversa, que no es otra cosa que un instrumento jurídico que puede permitir a un sujeto subvenir sus necesidades asistenciales de la forma más adecuada a su modo de ver la vida, proporcionándole aquello que necesita sin tener que acudir, en la medida de lo posible, a mecanismos generales de asistencia social, especialmente evitando tener que salir de su entorno habitual y ser internado en centros residenciales o geriátricos.

El primer intento de incorporación de la hipoteca inversa a nuestro ordenamiento tuvo lugar por medio de una Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Catalán en octubre de 2005, con la que se pretendía introducir una reforma en el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La reforma consistía en la introducción de un artículo 62.bis a dicho Real Decreto con la intención de incorporar a aquella Ley reducciones de base imponible y exenciones tributarias sobre operaciones de constitución de préstamos y créditos de disposición acumulativa creciente con garantía hipotecaria constituida sobre un bien inmueble, siempre que el propietario y prestatario fuera mayor de sesenta y cinco años o persona que, independientemente de su edad, por razón de falta o pérdida de auto-

mía física, psíquica o intelectual, necesiten asistencia importante para desarrollar su actividad diaria y su asistencia personal. Esta Proposición de Ley —de beneficios fiscales a determinados actos de disposición de bienes que conforman el patrimonio inmobiliario personal para asistir las necesidades económicas de la vejez y la dependencia— fue, no obstante, retirada por el grupo parlamentario proponente el 29 de noviembre de 2005.

Con posterioridad a esta Proposición de Ley, el Gobierno tomó la iniciativa legislativa por medio del Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia. Esta reforma no se limita ya a proponer incentivos fiscales para la constitución de préstamos hipotecarios destinados a financiar las situaciones de necesidad originadas por la ancianidad, sino que se ocupa de refrendar legalmente una figura que se viene utilizando desde hace años en los países anglosajones, y que es conocida con el nombre de *reverse mortgage*.

Este Proyecto fue aprobado el 7 de diciembre de 2007, como Ley 41/2007, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (*BOE*, núm. 294, de 8 de diciembre de 2007).

II. CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN DE LA HIPOTECA INVERSA

Con carácter general, se habla de hipoteca inversa para referirnos a una modalidad de hipoteca nacida en el mercado hipotecario anglosajón; concretamente, la figura se ha venido desarrollando desde 1965 en el Reino Unido y, a partir de 1989 aproximadamente, en Estados Unidos, con la finalidad de dar respuesta a las necesidades de liquidez que suscita la ancianidad sobre la base de rentabilizar el patrimonio inmobiliario de la persona de edad avanzada. Con este objetivo existen en estos mercados diversas figuras que pretenden dar respuesta a estas necesidades sociales, barajando las distintas posibilidades que la tenencia de una vivienda en propiedad ofrece en este sentido (1).

(1) Véase HAMMOND, C. M., «Reverse Mortgages: A Financial Planning Device for the Elderly», en *The Elder Law Journal*, vol. 1, núm. 1, 1993, y HERRANZ GONZÁLEZ, R., «Hipoteca inversa y figuras afines», Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, núm. 49 (fecha de publicación: 21-3-2006), <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/herranz-hipoteca-01.pdf>.

En sentido amplio, hablamos de hipoteca inversa para referirnos a un negocio que tiene por objeto la concesión de un crédito con garantía inmobiliaria, por el que una persona mayor de sesenta y cinco años —prestatario— recibe del prestamista una renta, temporal o vitalicia, sobre la garantía de un inmueble de su propiedad, calculada teniendo en cuenta el valor de la misma y la edad de su propietario. Se ha denominado a esta figura hipoteca inversa, por responder a un mecanismo que puede considerarse contrario al de la hipoteca clásica. Así, si en ésta, por lo general, se recibe un préstamo para poder comprar a plazos una vivienda, en la hipoteca inversa de lo que se trata es de recibir a plazos el importe que se obtendría por la venta del inmueble.

Esta es la razón por la que, en el mercado estadounidense, las hipotecas inversas son llamadas *rising debt, falling equity loans*, en cuanto la cantidad debida por el prestatario va creciendo al mismo tiempo que va decreciendo el valor del inmueble. En una hipoteca clásica, normalmente utilizada para comprar una vivienda, los reembolsos mensuales del préstamo hacen que la deuda se vaya haciendo menor hasta su extinción o pago completo; mientras tanto, el valor del capital inmobiliario va creciendo a medida que el prestatario va debiendo menos y la propiedad va aumentando de valor. Por ello se dice que el préstamo hipotecario clásico es un *falling debt, rising equity loan* —préstamo de débito decreciente y capital inmobiliario creciente—, justo lo contrario que sucede con la hipoteca inversa. Dicho en otros términos, en la hipoteca clásica, utilizas el préstamo para convertir ingresos en capital inmobiliario, mientras en el caso de la hipoteca inversa utilizas el préstamo para convertir tu capital inmobiliario en ingresos.

De esta manera, la persona que suscribe una hipoteca inversa recibe mensualmente una renta determinada por varios factores y, al término del plazo establecido o a su fallecimiento, los herederos cuentan con la opción de pagar el crédito debido o de vender la finca y quedarse con la diferencia que exista entre el precio obtenido y el importe de lo adeudado.

Dentro de estos amplios términos, las posibles variaciones del negocio son múltiples, atendiendo tanto a sus requisitos objetivos como subjetivos y temporales. De lo que vamos a tratar aquí es de la opción tomada por el legislador español, que, por medio de la citada Ley 41/2007, de 7 de diciembre, pretende otorgar respaldo legal a una figura con contornos más precisos.

Así, la Ley de reforma del mercado hipotecario dedica la Disposición Adicional primera a la regulación de la hipoteca inversa, comenzando su apartado primero por conceptualizar esta nueva figura en los siguientes términos:

«1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los sesenta y cinco años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia.
- b) Que el acreedor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas.
- c) Que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios.
- d) Que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños, de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario».

El texto del precepto no sólo conceptúa la figura, sino que la restringe a un ámbito subjetivo y objetivo determinado, lo que nos permite poder hablar de un concepto estricto de hipoteca inversa frente al concepto amplio al que hemos hecho referencia, según tengamos presentes o no, respectivamente, los requisitos legales para su identificación como tal en nuestro ordenamiento, a los efectos de serle de aplicación esta nueva normativa.

1. REQUISITOS OBJETIVOS

Atendiendo, pues, al texto de la Ley 41/2007, desde el punto de vista objetivo el negocio acoge un doble contenido: por una parte, el crédito y, por otra, el bien inmueble que le sirve de garantía.

a) *El crédito*

Por lo que se refiere al crédito, su montante responde a la interacción de distintos factores, todos ellos relacionados con el valor del inmueble y la edad del deudor. Dado que la finalidad esencial de esta hipoteca es el disfrute del valor líquido del inmueble, para calcular el importe del crédito deberá tasarse la finca, teniéndose en cuenta, no sólo su valor inicial, sino su eventual revalorización con el transcurso del tiempo. Esta tasación, no obstante, debe ir inexorablemente acompañada de un estudio estadístico sobre la esperanza de vida del solicitante. Ambos factores —valor del inmueble y edad del deudor— determinarán la renta que el prestatario haya de percibir, en función del tipo de interés del préstamo. Por tanto, una vez calculada la cantidad total del crédito, derivada del valor de la finca y de la edad del deudor, dicha cantidad se desglosará en capital e intereses del préstamo, y se traducirá en la renta o pensión que habrá de percibir el prestatario.

No obstante, prevé este párrafo primero de la Disposición Adicional, que el deudor pueda disponer del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas. En este último caso, desaparece la inversión de los caracteres de la hipoteca clásica a que al inicio hemos hecho referencia, pues, al igual que en ésta, aquí también recibirá el deudor la totalidad del préstamo al constituirse la garantía hipotecaria; la diferencia estibaría, en este caso, en que la amortización del préstamo no tendría lugar hasta el fallecimiento del deudor.

Dentro de este doble marco en cuanto a las modalidades de disposición del crédito, las prácticas del mercado estadounidense son variadas, aunque desplegándose básicamente en tres grandes categorías. Así, el prestatario puede elegir entre recibir una suma global de dinero de forma inmediata, disponer de una línea de crédito que le permita tomar efectivo cuando lo necesite hasta que se agote el préstamo, o cobrar una mensualidad, bien durante un número de años, bien por el tiempo en que el deudor viva en su domicilio, o bien durante toda su vida con independencia del lugar en que tenga su residencia. Una última opción consistiría en acordar una fórmula combinada entre estas tres posibilidades.

Al referirse la Ley española, en términos amplios, a la posibilidad del deudor de disponer del préstamo mediante disposiciones periódicas o únicas, no parece que deba existir inconveniente en que se acuerde, además de la disposición de una suma o de distintas prestaciones periódicas, tanto abrir una línea de crédito como combinar las distintas opciones que se acaban de señalar. Ahora bien, la opción elegida debe cumplir con las exigencias de la norma reguladora de la hipoteca inversa en nuestro país para que el negocio quede incluido dentro de su ámbito de aplicación, como después veremos.

b) El inmueble hipotecado

En cuanto al inmueble, éste ha de constituir, según reza el precepto, la vivienda habitual del prestatario o deudor, con lo que se está restringiendo la posibilidad de que una persona mayor pueda constituir una hipoteca inversa sobre otra finca de su propiedad que no sea su vivienda habitual y, con ello, se le está privando de poder asegurarse cierta liquidez sin tener que vender parte de su patrimonio.

Si de lo que se trata es de facilitar a las personas mayores la posibilidad de convertir en líquido su capital inmobiliario para atender a las necesidades de su vida cotidiana o a su situación de dependencia, no parece que deba restringirse la constitución de este tipo de hipoteca sobre otro inmueble del anciano que no constituya su vivienda habitual, máxime cuando lo pueda rentabilizar aún más que ésta, bien por su más alto valor, o bien por las circunstancias del mercado arrendaticio, por ejemplo.

A estos efectos, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, se propusieron diversas enmiendas que trataban de paliar esta exigencia. Así, por una parte, el Grupo Parlamentario Catalán en el Congreso proponía añadir un párrafo 1.bis) a la Disposición Adicional Primera del Proyecto de Ley, según el cual no se considerará que el bien inmueble deja de constituir la vivienda habitual del solicitante cuando el deudor hipotecario lo alquile, se traslade al domicilio de un familiar o ingrese en una residencia para su cuidado, especialmente cuando se encuentre en una situación de dependencia, de acuerdo con la normativa vigente. Con esta enmienda, por tanto, aunque se limita los efectos de la exigencia inicialmente prevista por el Proyecto, se sigue considerando necesario que el inmueble, objeto de esta hipoteca, constituya la vivienda habitual del deudor.

En cambio, para el Grupo Parlamentario Popular y el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana, dicha exigencia debería ser, en cualquier caso, suprimida del texto legal, en cuanto no se aprecia qué inconveniente pueda haber en que la persona mayor pueda contar con las ventajas ligadas a la constitución de la hipoteca inversa sobre otro inmueble, siempre y cuando la finalidad del crédito sea completar la pensión con esta hipoteca en condiciones ventajosas para el titular, generando así una renta adicional para afrontar las necesidades derivadas de su vejez y rentabilizar al máximo los ahorros logrados durante toda su vida.

A pesar de ello, el texto de este apartado primero no sufrió modificación alguna, subsistiendo, por tanto, para poder concertar esta modalidad de hipoteca —acogiéndonos al concepto estricto definido por la Ley—, la exigencia de que la finca hipotecada constituya la vivienda habitual del prestatario. No obstante, fruto de las enmiendas, nuevamente formuladas a este respecto en el Senado, se accedió a la incorporación de un nuevo apartado 9.bis) a la Disposición Adicional Primera que, definitivamente, se tradujo en el apartado 10 de la norma, precepto que viene a ser una solución intermedia al debate suscitado en torno al objeto de la hipoteca inversa, al rezar del siguiente modo: «Podrán, asimismo, instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante. A estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición».

Esta «solución intermedia», por llamarla de alguna forma, a la cuestión planteada, no puede considerarse, desde nuestro punto de vista, la opción más idónea a los intereses de las personas mayores. Aunque se permita la constitución de hipoteca inversa sobre inmuebles distintos de la vivienda habitual del deudor, la inaplicabilidad a esta hipoteca de los beneficios fiscales que los apartados anteriores de la norma prevén, la convierte en un producto poco atractivo para la persona mayor o en situación de dependencia. Por otra parte, la amplia alusión a la inaplicabilidad de «los apartados anteriores de esta

disposición», resulta ciertamente imprecisa: ¿quiere decir que no se le aplican los apartados inmediatamente anteriores, referentes a los beneficios fiscales, o que no le será de aplicación ninguno de los nueve apartados anteriores de la Disposición Adicional Primera de la Ley? Más bien parece esto último. Con ello, cualquier modalidad de hipoteca inversa —llamada así, en este caso, en sentido amplio— concertada sobre un inmueble que no constituya la vivienda habitual del prestatario, debe ser reconducida al ámbito del principio de autonomía privada —lo que, obviamente, hace superflua la previsión de este nuevo apartado diez—, sin que cuente con las previsiones de protección añadida que la Ley 41/2007 supone para la hipoteca inversa que cumpla con este requisito de carácter objetivo.

Con esta previsión, la Ley no favorece al anciano que dispone de otro inmueble distinto de su vivienda habitual, y que, por circunstancias diversas, prefiere hipotecar en lugar de aquella, para mejorar su bienestar en los últimos años de su vida. Si se pretende amparar a las personas mayores y dependientes, ¿por qué no facilitar que se beneficien de los ahorros obtenidos a lo largo de su vida —representados en otro inmueble de su propiedad distinto de su vivienda— para obtener el máximo bienestar posible? ¿Se teme, con ello, que la hipoteca inversa se convierta en un instrumento de «enriquecimiento» de las personas mayores, en lugar de en un vehículo que simplemente sirva para paliar sus necesidades de liquidez para subvenir los gastos derivados de su ancianidad o dependencia? ¿Por qué no favorecer la situación de una persona mayor que, además de asegurarse liquidez, desea, por ejemplo, que la vivienda familiar subsista, después de su muerte, en el patrimonio de sus hijos?

Finalmente, también en relación al inmueble, la letra *d)* del apartado primero de la Disposición Adicional Primera prevé la necesidad de tasar y asegurar la vivienda hipotecada en las condiciones que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario (2).

(2) Artículo 7 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario: «Uno. Para que un crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de los títulos regulados en esta Ley, los bienes hipotecados deberán haber sido tasados por los servicios de tasación de las entidades a que se refiere el artículo segundo, o bien, por otros servicios de tasación que cumplan los requisitos que reglamentariamente se establecerán. Dos. El Ministerio de Economía y Hacienda, previo informe del Instituto de Crédito Oficial, regulará: *a)* Las normas generales sobre la tasación de los bienes hipotecables a que habrán de atenerse tanto los servicios de las entidades prestamistas como las entidades especializadas que para este objeto puedan crearse. *b)* La forma en que deba constar la tasación efectuada. *c)* El régimen de inspección de cumplimiento de tales normas». Artículo 8: «Los bienes hipotecados habrán de estar asegurados contra daños por el valor de tasación en las condiciones que reglamentariamente se determinen».

2. REQUISITOS SUBJETIVOS

Por lo que se refiere a los sujetos del negocio, en cuanto a la persona del deudor exige la Disposición Adicional Primera de la Ley que el solicitante del préstamo y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los sesenta y cinco años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia. En este sentido, entre las enmiendas formuladas al Proyecto de Ley, el Grupo Parlamentario Catalán propuso extender el ámbito subjetivo de la hipoteca inversa a todas las situaciones de dependencia, no sólo a las muy severas o de gran dependencia, y a las personas con discapacidad. De hecho, en el texto aprobado por el Senado se sustituyeron los términos «dependencia severa o gran dependencia» por «cualquier situación de dependencia o persona con discapacidad», modificación finalmente suprimida en el texto definitivamente aprobado por el Congreso.

La norma establece una doble previsión que puede resultar un tanto contradictoria. Por una parte, restringe el ámbito subjetivo de aplicación, en cuanto a la persona del deudor o solicitante, a cualquier persona de edad igual o superior a sesenta y cinco años, si bien esta edad puede reducirse en el caso de tratarse de persona afectada de dependencia severa o gran dependencia; y, por otra parte, el ámbito se amplía en cuanto a la persona del beneficiario, no limitándose el número de éstos, ni tampoco exigiendo cualquier grado de parentesco o algún tipo de relación que le pueda unir con el solicitante.

La restricción sobre la edad resulta acorde con la finalidad que se pretende con la regulación de esta figura, en cuanto se encuentra orientada a que las personas de avanzada edad o con graves dificultades para afrontar económicamente su discapacidad o dependencia, puedan contar con liquidez suficiente para subvenir sus necesidades vitales. Pero el amplio margen que se deja a la designación de beneficiarios no casa del todo bien con la ratio de la norma. Piénsese que, siguiendo la realidad social, la hipoteca inversa está concebida para ser constituida, bien para el beneficio de una sola persona mayor, o bien para una pareja de personas mayores, casadas o no; en este último caso, puede ser constituida por ambas, o por una de ellas designando como beneficiaria a la otra.

La previsión legal no impide, sin embargo, que el solicitante pueda designar como beneficiario a cualquier otra persona. Claro que, dado que el primer apartado de la norma exige que la finca hipotecada sea la vivienda habitual del solicitante, si el beneficiario no fuera persona que conviviera con éste, se llegaría al absurdo de haber exigido legalmente que el inmueble hipotecado sea la vivienda habitual del solicitante, pero, a la postre, resultar que el beneficiario no la tiene como vivienda habitual.

Tampoco se compadece bien con la utilidad de esta hipoteca el hecho de que el solicitante pueda designar a tantos beneficiarios como desee, pendiente

la amortización del préstamo de la muerte del último de ellos, por cuanto ello privaría a los intervinientes de las ventajas de esta figura. Así, dado que la cuantía de la renta se calcula teniendo en cuenta la edad del deudor, un número desproporcionado de beneficiarios haría prácticamente inviable la constitución de esta modalidad hipotecaria. No obstante, no nos parece desafortunada la ausencia de límites al número de beneficiarios ni la falta de exigencia de cualquier tipo de relación entre éstos y el constituyente de la garantía, pues ello permite acoger mayor número de supuestos de necesidad de liquidez para el colectivo al que esta figura va destinada; siempre, claro —y aquí es donde lo hipotético se convierte en lo real— que el valor de la finca y las circunstancias o cualidades personales de constituyente y beneficiarios lo permitan.

3. REQUISITOS TEMPORALES

a) *Hipoteca vitalicia y tipos de prestaciones*

En directa relación con la apreciación anterior, el apartado c) de la norma dispone que la deuda sólo será exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, a la muerte del último de los beneficiarios.

El legislador español restringe considerablemente con este apartado el concepto amplio de hipoteca inversa al que hemos hecho referencia al inicio. Así, desde una concepción muy amplia, sería posible, en principio, prever que el crédito venza y sea exigible antes del fallecimiento del deudor, una vez finalizado el plazo para el que fue constituido.

La posibilidad de contratar esta hipoteca con carácter temporal ha ocasionado que la hipoteca inversa que no asume tal carácter sea también conocida como hipoteca vitalicia, siendo esta modalidad la más practicada generalmente en los países donde nació esta figura.

En la legislación española, por tanto, se imposibilita al acreedor la amortización del préstamo con anterioridad a la muerte del constituyente o, en su caso, del o los beneficiarios. Esta previsión resulta del todo acorde con la ratio de la norma, orientada a asegurar la capacidad económica del constituyente para hacer frente a las necesidades derivadas de la ancianidad, finalidad que se vería truncada si se permitiera constituir esta modalidad de hipoteca a tiempo determinado, y se diera el caso de que el deudor viviera por encima del tiempo establecido. Esto colocaría al anciano en una situación aún peor de la que tenía antes de constituir la hipoteca, pues debería hacer frente al pago del préstamo obtenido con el valor de la propiedad del inmueble hipotecado. En el caso, por tanto, de que se constituyera una modalidad de hi-

poteca inversa con plazo de amortización determinado, ésta quedaría excluida del ámbito de aplicación de la norma.

A simple vista, con ello se eliminaría, de entre las diversas posibilidades de disposición del crédito anteriormente mencionadas, la consistente en recibir prestaciones por un plazo previamente determinado, aunque esta afirmación puede matizarse. Entendemos que ello sería así sólo cuando la finalización de dicho plazo diera derecho al acreedor a exigir la devolución del préstamo. En verdad, de la letra de la Ley se deriva la posibilidad de disponer del préstamo en una prestación única o periódica con plazo temporal determinado o, por ejemplo, de poder abrir una línea de crédito, pues lo que se impide es que el acreedor reclame el crédito con anterioridad a la muerte del deudor. La existencia de una hipoteca vitalicia no impide, así, que se acuerde la disposición de una renta temporal, sino que el préstamo hipotecario se extinga y se reclame por el acreedor con anterioridad a la muerte del deudor.

A estos efectos, la nueva normativa no resulta todo lo clara que debiera en cuanto a la temporalidad de la renta. Así, nos resulta muy extraña la definición de hipoteca inversa que aparece en el Preámbulo de la Ley 41/2007, que, en su apartado VIII dispone: «La hipoteca inversa, regulada en esta Ley, se define como un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser de una sola vez, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación por parte de la entidad del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de los herederos».

De esta definición se extrae, pues, que, aun tratándose de hipoteca vitalicia, el prestatario dejaría de percibir la renta si vive más de lo calculado y se ha superado el importe máximo del crédito previsto; es decir, aunque no se hubiera acordado una renta temporal, la renta vitalicia dejaría de serlo si el prestatario vive más allá de lo esperado. Esta concepción evitaría la existencia del denominado «patrimonio negativo» para el acreedor, al impedir que el prestatario pueda recibir más de lo inicialmente previsto, teniendo en cuenta el valor de la finca, a no ser que los intereses que se vayan devengando resulten también excesivos.

Esta previsión del Preámbulo de la Ley no parece tener refrendo legal expreso en el articulado de la norma, pero los términos en que se expresa el apartado 1.b) de la Disposición Adicional Primera, dejan cierto margen a la duda. Este precepto se refiere al requisito de que el deudor disponga del «importe» del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas,

por lo que podemos plantearnos el siguiente interrogante: ¿la palabra «importe» está haciendo referencia al «importe máximo» del préstamo, alcanzado el cual no tendrá derecho el deudor a percibir más rentas?

A nuestro modo de ver, no parece que ello concuerde ni con el espíritu de la norma, ni con lo preceptuado por la Disposición Adicional Primera en su conjunto, ni con la práctica habitual de las entidades crediticias en la celebración de esta modalidad de hipoteca, para la que se exige la contratación de un seguro de renta vitalicia. Entendemos que la hipoteca inversa vitalicia es, por definición, un negocio aleatorio, de tal forma que, de no haberse concertado el correspondiente seguro, la entidad bancaria debe asumir las consecuencias negativas que, en su caso, puedan derivarse de esa aleatoriedad, que se traducen en la obligación de seguir abonando la renta por encima del montante del crédito inicialmente calculado. De no entenderse esto así, la creación de esta figura se apartaría por completo de la finalidad para la que está pensada, por cuanto la persona mayor que deja de percibir una renta, que ha significado su medio de subsistencia en los últimos años, se encontraría en situación aún peor que si no hubiese contado con ella desde el principio, pesando sobre su vivienda un importante gravamen hipotecario.

Desde nuestro punto de vista, pues, el concepto de hipoteca inversa que utiliza el Preámbulo de la Ley 41/2007, al no haber encontrado refrendo expreso en el articulado de la norma, debería obviarse. Por lo que se refiere a la ambigüedad del apartado uno de la Disposición Adicional Primera de la Ley, la mejor opción, de cara a la mayor protección del colectivo al que se pretende proteger, es la de ser interpretada de forma favorable a las personas mayores, siguiendo el espíritu de la norma, no las indicaciones de su Preámbulo. En cualquier caso, no hubiese estado de más que esta cuestión, de consecuencias tan importantes, quedara perfectamente aclarada por la nueva normativa.

b) Inconvenientes económicos de la hipoteca vitalicia

Ahora bien, dependiendo del tipo de prestación acordada, la hipoteca vitalicia puede plantear importantes inconvenientes de corte económico para la entidad acreedora que, finalmente, repercuten en el deudor al traducirse en un encarecimiento del préstamo. Ciertamente, las dificultades para calcular el importe del crédito se encuentran directamente relacionadas con los distintos riesgos que el prestamista, necesariamente, ha de asumir, que se concretan fundamentalmente en tres: el cálculo de la esperanza de vida del deudor, las variaciones de los tipos de interés y las fluctuaciones del mercado inmobiliario. Como ya se ha adelantado, estas tres variables constituyen los factores sobre los que se basa el cálculo del montante del préstamo y, con él, la renta periódica a percibir, en su caso, por el deudor.

Con respecto al primer factor, aunque el riesgo de longevidad del prestatario es gestionado por las aseguradoras, ello no impide que aquél o, en su caso, el o los beneficiarios, puedan vivir más de lo previsto por el cálculo actuarial. En este último caso, la entidad crediticia debe seguir abonando la renta estipulada hasta el fallecimiento del deudor, pudiendo incluso superar la deuda el valor de la propiedad. Esta contingencia ha sido solventada en el Reino Unido mediante el requerimiento en la actualidad en estos préstamos de una garantía obligada: al final del préstamo, la cantidad adeudada por el propietario o sus herederos no puede exceder el valor de la propiedad, y el préstamo no puede llegar a ser amortizado si existe un patrimonio negativo (*negative equity*) (3).

La existencia de un patrimonio negativo constituye un nuevo tipo de riesgo desde el punto de vista del prestamista, explica Claude TAFFIN, Presidente del Grupo Estadístico de la Federación Hipotecaria Europea, lo que ha llevado al gobierno central de Estados Unidos, a través de la *Federal Housing Administration*, a implantar un seguro de garantía adicional contra este tipo de riesgo, que se financia a través de *premiums* pagados por el prestatario, y que van dirigidos a cubrir los préstamos que cumplen una serie de requisitos (cobertura del principal del préstamo y de los cargos, requerimiento del uso de asesores externos, etc.). Esta clase de préstamos representa alrededor de un 90 por 100 de este mercado. En el Reino Unido, por el contrario, prevalece el libre mercado.

La nueva normativa española reguladora de la hipoteca inversa, como consecuencia directa de su ambigüedad o falta de claridad en este tema, a la que ya se ha hecho referencia, no prevé específicos mecanismos de garantía adicional para cubrir el llamado «patrimonio negativo». Ello no impide, claro está, que el banco prestamista concierte el correspondiente seguro para garantizar esa eventualidad. En la realidad práctica, todas las entidades bancarias que ofertan la hipoteca inversa en nuestro país, insisten de forma muy clara en que los clientes se acojan a un seguro que tiene como finalidad asegurar que éste cobre mensualmente la renta vitalicia (4). Indudablemente, la necesidad de concertar un seguro adicional que garantice la amortización de la totalidad del préstamo, ante la aleatoriedad que caracteriza este tipo de hipoteca vitalicia, repercutirá en el encarecimiento del crédito.

Los distintos factores de riesgo que intervienen en esta clase de créditos hacen que el coste de estos préstamos resulte más elevado que el de los préstamos convencionales. Ello justifica que el tipo de interés para las hi-

(3) Según explica M. CLAUDE TAFFIN, en su informe: *La hipoteca inversa o vitalicia*, hecho público por la Asociación Hipotecaria Española.

(4) Véase COSTA-FONT, J./GIL, J./MASCARILLA, O., «Preferencias de la población ante la financiación de la dependencia: La hipoteca inversa en España», en *Estudios sobre la Economía Española*, diciembre de 2006.

potecas de esta clase, normalmente de tipo fijo en el Reino Unido y variable en Estados Unidos, sea significativamente mayor que el aplicado a los préstamos convencionales. En términos absolutos, el número de operaciones es limitado, cifrándose en 26.000 nuevos préstamos en 2004 en el Reino Unido, no superando los 35.000 en Estados Unidos.

Evidentemente, el problema del alto coste del préstamo se agrava cuanto menor es la edad del prestatario, pues cuanto más joven es éste, menor será el capital prestado. La cuestión se agudiza aún más si, además del prestatario, se han designado beneficiarios. Especifica la Ley que la deuda sólo será exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios. Este último inciso debe interpretarse en el sentido de que, si nada se ha estipulado, la muerte del constituyente podría conducir a la reclamación de la deuda por el acreedor o a la ejecución de la garantía aunque sobreviva alguno de los beneficiarios por él designados.

Puede pensarse que esta previsión se aparta en cierto modo del espíritu de la norma, cuya finalidad es la de cubrir las necesidades de liquidez de las personas mayores; debe suponerse que los beneficiarios que el constituyente haya designado se encuentran en idéntica situación de necesidad que él, por lo que esta disposición legal provocaría, por ejemplo, que el silencio en cuanto al derecho del cónyuge superviviente le privara de continuar percibiendo la renta después de la muerte del constituyente. Lo cierto es que con esta norma se compensa la regla inicial sobre la libre designación de beneficiarios, a la que anteriormente hemos hecho referencia. Así, el constituyente de la hipoteca puede designar los beneficiarios que estime oportuno, pero en el contrato ha de estipularse expresamente que sólo tras la muerte de todos ellos le es dable al acreedor amortizar el préstamo.

A modo de conclusión, pues, podría decirse que, a simple vista, sería más conveniente para la persona mayor optar por disponer de prestaciones periódicas vitalicias frente a la disposición de un capital único o de prestaciones periódicas a tiempo determinado, dado el problema que supondría agotar antes del fallecimiento el préstamo concedido, a pesar de no poder ser reclamado por el acreedor. En cualquier caso, las circunstancias concurrentes —existencia de seguro de renta vitalicia, encarecimiento excesivo del préstamo, etc.— determinarán la mejor opción para las partes implicadas.

III. OTROS REQUISITOS LEGALES DE CONSTITUCIÓN

Perfilada la figura en los términos antedichos, se ocupan los apartados 2, 3 y 4 de la Disposición Adicional Primera de la Ley del régimen de transparencia y comercialización y de la restricción de la concesión de esta mo-

dadidad de hipoteca a las entidades de crédito y aseguradoras autorizadas para operar en España, sin perjuicio de los límites, requisitos o condiciones que a las entidades aseguradoras imponga su normativa sectorial.

Dispone el apartado tercero que el régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa será el establecido por el Ministerio de Economía y Hacienda. En el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, ordena el apartado cuarto que las entidades establecidas en el apartado segundo que concedan hipotecas inversas deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Dicho asesoramiento independiente deberá llevarse a cabo a través de los mecanismos que determine el Ministerio de Economía y Hacienda. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento.

De forma más específica, el Proyecto de Ley disponía inicialmente que el asesoramiento de los solicitantes podía asignarse, bien a la figura del Defensor del Cliente, o bien llevarse a cabo a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda. En el caso de que se optara por el asesoramiento a cargo del Defensor del Cliente y la entidad de que se trate no cuente con uno propio, deberá adherirse a uno de los asignados por otras entidades o a los designados a través de los criterios recogidos en el artículo 29 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma Financiera. A este respecto, el Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento.

La detallada regulación referida a la protección de los clientes demuestra en el legislador su preocupación por la transparencia con la que la hipoteca inversa ha de ser comercializada por las entidades bancarias. Quizás por ello, la intervención del Defensor del Cliente no fue vista con buenos ojos por los distintos grupos parlamentarios que formularon enmiendas a este apartado de la Disposición Adicional Primera. Así, entendía el Grupo Popular en el Congreso que la remisión a esta figura para prestar este asesoramiento no era una solución válida, ya que esta figura está concebida para resolver reclamaciones de los clientes en caso de discrepancia o conflicto con la entidad, pero no para prestar asesoramiento sobre productos financieros concretos, para lo que normalmente no está cualificado, al no ser su función; debe ser el Ministro de Economía y Hacienda quien establezca las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento. Idéntica apreciación realizaba el Grupo catalán, sosteniendo el Grupo de Izquierda Unida que la referencia al Defensor del Cliente como servicio de asesoramiento independiente es excesiva, cuando es nombrado por la entidad finan-

ciera y pagado por ésta, por lo que es preferible que sea el Ministerio de Economía y Hacienda quien establezca los mecanismos de asesoramiento.

En verdad, la llamada que realizaba la norma proyectada a la figura del Defensor del Cliente resultaba un tanto anómala, pues no es común a la contratación de otros productos financieros que pueden verse también afectados por falta de transparencia. Tenían razón los enmendantes cuando sostenían que el Defensor del Cliente no parece ser la institución más adecuada para solventar los problemas derivados de estas circunstancias, especialmente por su vinculación con la entidad a la que representan y por la función de resolución de conflictos que tienen asignada, circunstancias que hacen difícil que pueda ofrecer asesoramiento independiente y eficaz.

Desde nuestro punto de vista, aunque la transparencia en la contratación debería quedar suficientemente garantizada por la propia normativa reguladora de esta nueva figura y por las normas generales de protección de los consumidores y usuarios, la especial vulnerabilidad del colectivo al que va dirigida esta figura hace que no resulte desproporcionada esta singular atención a la protección de sus derechos.

En este sentido, según indica el ya citado Informe de Claude Taffin, la complejidad de este producto, dirigido especialmente a los mayores, personas, en algunos casos, muy vulnerables, dio lugar en Estados Unidos a prácticas dudosas por parte de los prestamistas, interesados claramente en la utilización de las sumas de dinero prestadas. Por ello, actualmente la concesión de préstamos por el Estado Federal está sujeta a evaluación por parte de un experto externo antes de que el contrato sea firmado. El propósito de esta intervención es explicar las características del producto y los riesgos asociados, además de la existencia de otras alternativas para la persona mayor. Por su parte, en el Reino Unido los principales prestamistas han establecido voluntariamente un código de buena práctica, bajo el cual asumen cuatro obligaciones: transparencia en los temas legales del préstamo, transparencia en costes, asistencia al prestatario a través de un experto externo independiente a la entidad financiera y el establecimiento de un límite al capital prestado hasta el valor de la propiedad.

IV. LA EXTINCIÓN DEL PRÉSTAMO

Se refieren a la extinción del préstamo hipotecario los apartados 5 y 6 de la Disposición Adicional Primera de la Ley. En virtud del apartado 5, «Al fallecimiento del deudor hipotecario sus herederos o, si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda

exigir compensación alguna por la cancelación. En caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente». Y el apartado 6 hace la siguiente puntualización: «Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria».

El texto originario del Proyecto de Ley dedicaba estos dos apartados de la Disposición Adicional Primera a la extinción del préstamo, si bien ninguno de ellos resultaba del todo afortunado, tanto por su redacción como por su contenido, lo que demuestra el hecho de haber sido ambos objeto de distintas enmiendas por varios grupos parlamentarios. Aunque algunas de estas enmiendas fueron incorporadas al texto definitivo de la Ley, el resultado final merece ser objeto de algunas observaciones.

1. FALLECIMIENTO DEL DEUDOR O DE LOS BENEFICIARIOS

Como efecto derivado del requisito recogido en el apartado 1.c) ya analizado —que somete la facultad del acreedor de exigir la deuda o ejecutar la garantía a que se haya producido la muerte del prestatario o beneficiario—, el párrafo quinto legitima a los herederos del prestatario para cancelar el préstamo una vez fallecido el deudor hipotecario o, si así se hubiera estipulado en el contrato, acaecida la muerte del último de los beneficiarios. Aunque, como puede fácilmente apreciarse de su lectura, la redacción del precepto resulta algo deshilvanada, el sentido de la norma parece claro: el fallecimiento del deudor —o, en su caso, de los beneficiarios que éste hubiese designado— se contempla como la principal causa de cancelación del préstamo. Tal como ya se había adelantado, quedaría fuera del ámbito de aplicación de la normativa reguladora de la hipoteca inversa la posibilidad de pactar una garantía de este tipo por tiempo determinado que facultara al acreedor para exigir el reembolso del préstamo antes de la muerte del deudor, por lo que nuestra hipoteca inversa se identifica con la hipoteca vitalicia utilizada como figura más frecuente en el ámbito anglosajón, conocida como *lifetime mortgage* en el Reino Unido.

Tampoco se contempla como causa de extinción del préstamo la mudanza o traslado del deudor a otro domicilio, posibilidad ésta de práctica común en el mercado estadounidense para cancelar esta modalidad de hipoteca. En concreto, en Estados Unidos se entiende que se ha abandonado de forma permanente el domicilio cuando no se ha habitado en la casa durante doce

meses consecutivos. Por añadidura, también se considera causa para exigir la restitución del préstamo la falta de pago por el deudor de los impuestos sobre la propiedad o del seguro sobre el inmueble y el abandono en el cuidado del mismo, dado que el prestatario sigue siendo dueño de la finca y, como tal, sigue siendo responsable del abono de esos gastos y de evitar la ruina de su propiedad. En caso de imposibilidad para hacer frente a esos gastos, el prestatario puede conceder avances en metálico para cubrir los mismos.

En cuanto a la venta del inmueble, que también se considera causa de extinción en el mercado estadounidense, aunque no contemplada en el texto originario del Proyecto de Ley, fue introducida con posterioridad en el texto definitivo, por virtud de la correspondiente enmienda, como posibilidad que se concede al acreedor para declarar el vencimiento anticipado de la deuda, como después veremos.

2. CANCELACIÓN ANTICIPADA DE LA HIPOTECA POR EL DEUDOR

Evidentemente, el hecho de que la norma tan sólo se refiera al fallecimiento del prestatario como causa hábil para la reclamación del préstamo, y a las posibilidades de cancelación anticipada del mismo por parte del acreedor, no significa que la hipoteca no pueda cancelarse por el deudor con anterioridad a su muerte. Ahora bien, la cancelación anticipada de la hipoteca, en este caso, conllevará la consiguiente compensación a cargo del prestatario que se haya estipulado en el correspondiente contrato.

Parece refrendar esta interpretación el penúltimo inciso del precepto, que recalca la imposibilidad de que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación. En buena lógica, para una hipoteca de naturaleza vitalicia, caracterizada de suyo por tener como término final de referencia la vida de una persona, no era necesario especificar que la cancelación del préstamo por la muerte de ésta no otorga derecho al acreedor hipotecario para exigir compensación; no hay penalización simplemente porque no hay cancelación anticipada. De esta premisa podría extraerse que la referencia a la imposibilidad del acreedor para exigir compensación se señala específicamente en la norma para subrayar la viabilidad de que dicha cancelación anticipada pueda producirse en cualquier otro momento a instancias del deudor, debiéndose atender entonces el prestatario a la compensación correspondiente.

La apreciación sobra en cualquier caso, pues deberá atenderse aquí al régimen de la compensación por amortización anticipada que viene a regular también esta nueva Ley en su capítulo IV, admitiendo que ésta pueda producirse aunque no conste en el contrato dicha posibilidad y sometiendo a ciertos límites la cuantía de la compensación que se estipule contractualmente.

3. PLAZO PARA LA CANCELACIÓN DEL PRÉSTAMO POR LOS HEREDEROS

Otra cuestión que suscita este apartado quinto de la Disposición Adicional Primera de la Ley es la referente al plazo que se concede a los herederos del deudor para cancelar el préstamo. A este respecto, tan sólo dispone el precepto que los herederos podrán cancelar el préstamo en el plazo estipulado, abonando al acreedor la totalidad de los débitos vencidos con sus intereses.

Distintos grupos parlamentarios —el del Partido Popular y el de Esquerra Republicana, en concreto— entendieron que resultaba preciso conceder y señalar un plazo determinado para que los herederos pudieran cancelar el préstamo. A tal fin, se propuso fijar un plazo mínimo de dos años, contados desde el fallecimiento del deudor, para la cancelación del crédito, en lugar de lo previsto en la norma, pues la referencia al plazo estipulado en el contrato podría dar lugar a que la entidad financiera establezca en el clausulado de la hipoteca un plazo excesivamente corto para que los herederos reúnan el dinero con el que pagar la deuda pendiente y no perder la casa. Mejoraría sustancialmente la norma, sostenían los enmendantes, el hecho de la concesión de este plazo mínimo para que puedan los herederos, bien vender ellos mismos la casa, bien pedir otra hipoteca, o bien buscar otra solución para la devolución de la deuda. La enmienda, sin embargo, no fue atendida.

Compartimos con los enmendantes la apreciación de la mejora que hubiese supuesto sobre el texto legal la concesión de un plazo mínimo a los herederos para proceder a la cancelación del préstamo, máxime si el prestatario ha sobrevivido al plazo determinado por el cálculo actuarial y, por tanto, el endeudamiento es mayor del inicialmente esperado. La oportunidad, en este caso, que se concede a los herederos para saldar la deuda contando, por así decirlo, con un período de carencia de dos años en cuanto a la exigencia de pago, resulta beneficiosa tanto para ellos —teniendo más posibilidades para vender la casa de forma provechosa—, como para el acreedor, que puede evitar un proceso de ejecución nada deseable.

4. DECLARACIÓN DE VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL PRÉSTAMO POR EL ACREEDOR

Entre las enmiendas formuladas a este apartado quinto de la norma que comentamos, se encontraban las que proponían regular el derecho del acreedor hipotecario al vencimiento anticipado de la deuda, enmiendas que en este caso, sí fueron atendidas. El Proyecto de Ley inicial, desdeñando los usos corrientes de esta figura en Estados Unidos, no contemplaba otra causa de extinción del préstamo que no fuera el fallecimiento del deudor y, en su caso, de los beneficiarios. Aunque también hemos admitido la posibilidad de que el deudor pueda requerir la cancelación anticipada del préstamo hipoteca-

rio, tal sucede en la práctica hipotecaria general y se deduce, *a contrario sensu*, del propio texto de la norma, a nada de esto se referían las distintas enmiendas formuladas sobre el precepto, pero sí a la posibilidad de que sea el acreedor quien se encuentre en el derecho de declarar el vencimiento anticipado del préstamo en el caso de que el deudor hipotecario proceda a la transmisión voluntaria del bien hipotecado. La justificación a esta enmienda tiene su sede en el carácter personalísimo de esta hipoteca, vinculada a circunstancias tales como la edad del titular; por ello, «la transmisión de la titularidad de la finca, que el Proyecto no somete a restricción alguna, debe, al menos, dar lugar al vencimiento anticipado del préstamo o crédito».

En este punto, debemos plantearnos si la posibilidad de permitir al acreedor exigir el vencimiento anticipado de la deuda, tropieza con la finalidad claramente protectora del sector concreto de la población a que esta regulación va dirigido. Esta medida, sin embargo, no casa mal con la exigencia legal de que la finca hipotecada constituya la vivienda habitual del prestatario. Así, la desaparición de esta cualidad en el inmueble hipotecado facultaría al acreedor para exigir el vencimiento anticipado del préstamo al deudor, pues no se cumple ya con los requisitos legales que hacen a esta hipoteca merecedora de mejor trato que las demás.

En este apartado resurgen algunas de las contradicciones de la norma apuntadas con anterioridad. Retomando la línea argumental anterior, la exigencia legal de que el inmueble hipotecado constituya la vivienda habitual del prestatario, podría traer como consecuencia lógica que la transmisión voluntaria de la finca provocara la exigencia por el acreedor de la devolución del préstamo, posibilidad esta, sin embargo, que no se contemplaba expresamente por la norma inicialmente proyectada. Debemos pensar que el silencio, en cuanto a la posibilidad del deudor de transmitir la propiedad del inmueble, no otorgaba derecho alguno al acreedor para exigir la satisfacción adelantada de su crédito, siendo éste el mecanismo de la hipoteca convencional. Ahora bien, ¿podría, por el contrario, interpretarse que la desaparición sobrevenida de uno de los requisitos legales para la constitución de la hipoteca inversa, podría acarrear dicho vencimiento anticipado del préstamo?

No parecía ser ésa, sin embargo, la ratio de la norma en su texto original, especialmente si atendemos a la posibilidad de que el prestatario designe a algún beneficiario que, a tenor del texto legal, no necesariamente debe convivir con él o habitar en la vivienda hipotecada. Piénsese, por ejemplo, que resultaría absurdo que el traslado de domicilio del prestatario pudiera dar lugar al vencimiento anticipado del crédito, si se permite que el deudor pueda designar a algún beneficiario que no habita la vivienda hipotecada, debiendo en este caso el acreedor esperar al fallecimiento de éste para reclamar el préstamo. Idéntica interpretación podría deducirse de las enmiendas formuladas —y, finalmente, aceptadas— a este apartado cinco de la Dispo-

sición Primera del Proyecto de Ley; esto es, si resultaba necesario añadir a este apartado un párrafo que expresamente permitiera al acreedor declarar vencido anticipadamente el préstamo o crédito, es porque, de no incluirse esta precisión, entraría en juego la regla general de la libre transmisibilidad de la finca hipotecada.

De modo que el legislador preveía originariamente que, para que podamos hablar de hipoteca inversa, la finca hipotecada debe ser la vivienda habitual del prestatario, pero posibilitaba a éste, al mismo tiempo, la libre transmisión del inmueble. Por el contrario, del tenor de las distintas enmiendas formuladas al texto de la Disposición Adicional Primera se extrae que debe eliminarse el requisito de la vivienda habitual, pero permitirse, en cambio, que el acreedor pueda reclamar anticipadamente la devolución del préstamo en caso de transmisión voluntaria del bien hipotecado por el deudor. Se argumenta, a este respecto, que esto último sería consecuencia lógica del indudable carácter personalísimo del crédito, vinculado a circunstancias tales como la edad del titular.

La cuestión resulta, cuando menos, desconcertante. Con idénticos argumentos, dos grupos parlamentarios —Popular y Catalán— proponen la admisión de la declaración de vencimiento anticipado del crédito por el acreedor, si bien la postura que resulta más curiosa es la del Grupo Popular, que aboga por la eliminación del requisito de la vivienda habitual al mismo tiempo que entiende también permisible la declaración del vencimiento anticipado del préstamo por la entidad crediticia, provocando a un tiempo, en nuestra opinión, dos efectos claramente contrarios para el deudor: uno beneficioso —al concederle mayor campo de actuación objetivo en cuanto a la constitución de la hipoteca— y otro perjudicial, al impedirle la transmisión de la propiedad de su vivienda, so pena de serle exigido el pago anticipado de la deuda. La propuesta se entiende mejor si la finca hipotecada resulta no ser la vivienda habitual del prestatario.

Por su parte, aunque el Grupo Catalán no propone la completa eliminación del requisito de vivienda habitual, tan sólo permite que desaparezca esta cualidad cuando el prestatario alquile la vivienda, se traslade a vivir al domicilio de un familiar o ingrese en una residencia; con ello, los efectos de la transmisión voluntaria del inmueble son los mismos que en el caso anterior.

En buena lógica, pues, el legislador ha optado por mantener el requisito de la vivienda habitual —aunque se deje al margen el tema de los beneficiarios— y posibilitar la declaración de vencimiento anticipado del crédito por el acreedor. Cuestión distinta es si la aplicación de esta pura lógica resulta lo más adecuado para la finalidad perseguida por la norma.

Desde nuestro punto de vista, si de la mayor protección del colectivo de personas mayores o dependientes se trata, la concesión al acreedor de la facultad de declarar el vencimiento anticipado del crédito podría resultar desproporcionada, además de inusual e, incluso, innecesaria. La despropor-

ción resulta evidente si tomamos como punto de referencia el grado de protección que merecen los sujetos implicados; por una parte, el deudor, persona anciana o dependiente que hipoteca su vivienda para obtener rentabilidad con el fin de atender sus necesidades vitales, y, por otra, el acreedor, una entidad crediticia que concedió el préstamo sobre la base de cálculos actuariales y con el apoyo de una garantía hipotecaria. El carácter innecesario de la propuesta se deriva, precisamente, de la existencia de esta garantía, que, por lo general, permite al deudor hipotecario vender la finca hipotecada sin necesidad del consentimiento del acreedor, por cuanto la satisfacción del crédito sigue quedando garantizada por medio de la hipoteca que se transmite con la finca. Resulta, pues, inusual o impropio de la institución hipotecaria, la necesidad de coartar la libertad del deudor para transmitir la titularidad del inmueble, que cambia de propietario con su correspondiente gravamen real. Una cláusula de este tipo, incorporada a un contrato, sería considerada como abusiva (5), de ahí que deba ser el legislador quien lo autorice en este caso, por las circunstancias especiales que caracterizan esta modalidad de hipoteca.

No puede decirse, en verdad, que el hecho de que esta clase de préstamo se encuentre vinculado a la edad del titular impida la posibilidad de enajenar el inmueble, aunque cierto es que las dificultades que puede originar la venta no son pocas. Transmitida la finca a un tercero, el crédito sigue estando garantizado por la hipoteca que aún pesa sobre la misma hasta el momento del fallecimiento del deudor; y, a la muerte de éste, serán los herederos quienes tendrán que abonar el préstamo, pudiendo el acreedor, en caso de impago, proceder a la ejecución de la garantía hipotecaria. Derivar de esta situación el carácter personalísimo del préstamo parece excesivo, máxime si se piensa en que, en el caso de la hipoteca inversa, no es al deudor a quien corresponde el pago de rentas periódicas, como sucede en el supuesto de una hipoteca convencional, sino que es tan sólo a su fallecimiento cuando surge la obligación de abonar el préstamo en su conjunto. Siguiendo esta línea argumen-

(5) Explica BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., «Cláusulas de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de octubre de 2006», en *Ar. Civ.*, núm. 10, 2007, que los pactos limitativos de derechos, como el de no enajenar ni gravar la finca hipotecada sin permiso del acreedor, son supuestos que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros han considerado no inscribibles por infringir el principio de libertad de contratación que inspira la legislación civil, y tratarse de una limitación abusiva del derecho del dueño a disponer de sus bienes. En su opinión, estos pactos serán abusivos siempre que así lo declare la autoridad judicial en base al artículo 10 bis) de la LGDCU —actualmente, arts. 82 y sigs. del Texto Refundido de 16 de noviembre de 2007—, por lo que, en principio, y hasta que se dicte la sentencia de nulidad, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad. En estos supuestos, la cláusula sería nula, no por ir en contra de la libertad de contratación, ya que esos pactos son válidos cuando las cláusulas son negociadas, sino por ser una cláusula predispuesta la causante de una situación de desequilibrio entre las partes, en perjuicio del prestatario.

tal, parecida situación se daría en el supuesto de que el prestatario hubiese designado un beneficiario, y que éste sobreviva al deudor; en este caso, el acreedor debe continuar abonando las rentas al beneficiario, siendo ahora los herederos del prestatario quienes ocupan la posición del deudor primitivo.

Cuestión distinta será que resulte lo más conveniente para el deudor cancelar la hipoteca una vez transmitida la finca a un tercero, que será lo más normal; o, por otra parte, que ese tercero esté dispuesto o no a subrogarse en la deuda. Encontrar a un posible adquirente de la finca hipotecada que asuma, además del riesgo de impago por el deudor del préstamo hipotecario, el añadido de no saber con exactitud el momento del vencimiento del crédito, puede resultar tarea más que complicada.

En este sentido, justo es reconocer que la oportunidad de esta norma encuentra justificación en la mayor agilidad y seguridad del mercado hipotecario.

No obstante, junto a la inclusión de la posibilidad del vencimiento anticipado del préstamo por causa de la enajenación del inmueble, el legislador introdujo en el apartado quinto un último inciso que condicionaba esta posibilidad a la salvedad de que el deudor proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente. Esto podría tener lugar, por ejemplo, si el prestatario adquiere una nueva finca con el precio obtenido por la anterior, sustituyendo la primitiva garantía por otra hipoteca sobre la nueva propiedad. Pero, ¿y si el deudor no adquiere otro inmueble?; ¿qué garantía podría ofrecer que sea considerada de mayor suficiencia que la hipoteca inicial?

En definitiva, la finalidad protectora de la norma quizá hubiese aconsejado, por un lado, atender a la enmienda que proponía la eliminación del requisito de que el objeto de la hipoteca inversa esté constituido por la vivienda habitual del solicitante, y por otro, el rechazo de la que propuso la limitación —podríamos llamar— de la libertad del deudor para la transmisión de la finca hipotecada. Justo lo contrario de lo efectuado finalmente por el legislador.

En cualquier caso, debemos tener presente que la situación del acreedor que vea peligrar la suficiencia de su garantía es contemplada ya por la normativa vigente.

5. ACCIÓN DE DEVASTACIÓN Y VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL PRÉSTAMO, EX ARTÍCULO 1129.3.º DEL CÓDIGO CIVIL

Las lagunas, deficiencias o inconvenientes a que puede dar lugar la norma prevista por el legislador español para regular la hipoteca inversa habrían de ser cubiertas, en la medida de lo posible, con lo previsto en la normativa hipotecaria general; se hace uso, de este modo, de la llamada que el apartado

undécimo de la Disposición Adicional Primera de la Ley realiza a la legislación que en cada caso resulte aplicable en lo no previsto por la propia disposición y su normativa de desarrollo.

Así, prevé la legislación hipotecaria que el propietario hipotecante se encuentra obligado frente al acreedor hipotecario a conservar la finca hipotecada, atribuyendo a éste, frente al incumplimiento de aquél, la facultad de ejercitar la denominada acción de deterioro o devastación, recogida en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria. Este precepto se ocupa de las medidas que el acreedor hipotecario puede tomar en caso de que vea peligrar la suficiencia de su garantía, concediéndole la facultad de acudir a la autoridad judicial en los siguientes términos: «Cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del Juez de Primera Instancia del partido en que esté situada la finca que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y fundado temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitarlo o remediar el daño. Si después insistiere el propietario en el abuso, dictará el Juez nueva providencia poniendo el inmueble en administración judicial».

La acción de devastación tiene por finalidad evitar que el deudor hipotecario abandone la finca y pueda resultar su valor insuficiente para hacer frente al pago de la deuda en el momento de la ejecución de la hipoteca. Ciertamente, este efecto, dado el distinto mecanismo de funcionamiento de la hipoteca inversa, no se daría, al menos en los mismos términos, en esta modalidad de garantía hipotecaria. No obstante, también en la hipoteca inversa la capacidad del acreedor de ver satisfecho su crédito puede quedar mermada en el caso de que, llegada la muerte del deudor o de los beneficiarios, el valor en venta de la finca no alcance para que los herederos puedan liquidar la totalidad del préstamo. Para que esto fuera así, el alcance del préstamo hipotecario no podría ir más allá del valor de la finca hipotecada, es decir, la responsabilidad por el crédito sería en todo caso real, nunca personal. Esta consideración nos llevaría a la previsión contenida en el apartado sexto de la Disposición Adicional Primera, cuya redacción ha sido objeto de ciertas enmiendas formuladas por distintos grupos parlamentarios, como veremos posteriormente.

En relación a esta cuestión, la dejación por el deudor de su obligación de conservar en buen estado su propiedad o, dicho en otros términos, de evitar su ruina, se encuentra, como ya hemos visto, entre las causas que en Estados Unidos pueden autorizar al acreedor a exigir el pago del préstamo. Esta medida, como sabemos, tampoco es ajena a nuestro ordenamiento. Así, junto a la acción de devastación, entre las medidas que concede el ordenamiento español al acreedor para la satisfacción de su derecho, el artículo 1.129 del Código Civil le permite dar por vencido anticipadamente el crédito cuando

no otorgue el deudor las garantías a que estuviese comprometido, o cuando, según su apartado tercero, «por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras». En consecuencia, el acreedor hipotecario podrá escoger, ante el deterioro de la garantía, entre el vencimiento anticipado de la obligación o las soluciones que la acción de devastación prevé. Sobre esta compatibilidad no parece que exista discrepancia doctrinal, por cuanto los artículos 117 de la Ley Hipotecaria y 219.2.º del Reglamento Hipotecario —que permite al juez declarar vencido el crédito— y el artículo 1129.3.º del Código Civil se mueven en órbitas distintas, y difícilmente pueda considerarse a aquéllos como normas especiales en relación con éste último (6).

No obstante, debe tenerse en cuenta que para que entre en aplicación el artículo 1129.3.º del Código Civil es necesario que la disminución de la garantía sea de cierta magnitud, en el sentido de que no sería suficiente, en opinión de la doctrina, el mero temor de que la garantía disminuya, dada la gravedad de la sanción impuesta, la excesiva amplitud y ambigüedad del concepto de temor y los mismos términos amplios en que viene concebida la disminución (7). En una hipoteca tradicional, la disminución se traduce en una reducción del valor aseguratorio, existiendo un componente de alteración de las circunstancias tenidas en cuenta para otorgar el plazo por el acreedor. Dicha disminución puede deberse a causas materiales o jurídicas, negándose doctrinalmente que pueda suponer mengua de la garantía otorgada la enajenación de todo el inmueble a un tercero o la constitución de una hipoteca o una servidumbre sobre el inmueble anteriormente hipotecado (8). Pero, en cualquier caso, la opción por el vencimiento anticipado dependerá de las circunstancias en que se produzca la disminución, que llevarán al acreedor a sopesar las ventajas e inconvenientes de optar por ésta o por el ejercicio de la acción de devastación.

Como se ha dicho, en el caso de la hipoteca clásica, la disminución del valor aseguratorio se producirá por alteración de las circunstancias tenidas en cuenta por el acreedor para determinar el plazo concedido al deudor para la satisfacción del crédito. En el supuesto de la hipoteca inversa, como sabemos, dicho plazo se torna incierto, al pender de la vida del prestatario —o beneficiario, en su caso—, por lo que la alteración de las circunstancias

(6) En este sentido, Díez-PICAZO, L., «El pago anticipado», en *RDM*, vol. XXVIII, núm. 73, julio-septiembre de 1959, págs. 77-78; MONTÉS PENADÉS, V., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por ALBALADEJO, T. XV, vol. 2.º, Madrid, 1983, pág. 141, y CLEMENTE MEORO, M., «El tercer poseedor de bienes hipotecados como tercero adquirente», en *RGD*, diciembre de 1992, pág. 118.

(7) MORENO QUESADA, B., «El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías», en *ADC*, 1971, pág. 448, y CLEMENTE MEORO, M., *op. cit.*, pág. 113.

(8) CLEMENTE MEORO, M., *op. cit.*, pág. 115.

inicialmente consideradas incidirá particularmente sobre el cálculo actuarial que se haya realizado sobre la longevidad del deudor en relación a la estimación del valor futuro de la finca. En este sentido, no podría descartarse que las circunstancias en las que se haya producido la enajenación de la finca permitieran autorizar al acreedor para dar por vencido anticipadamente el crédito. En cualquier caso, como hemos visto, esta posibilidad queda superada por la opción tomada por el legislador en la normativa reguladora de la hipoteca inversa.

Por otro lado, el efecto negativo que puede tener para el acreedor el abandono del cuidado de la finca, se vería agravado por la existencia de posibles beneficiarios que hubiesen sido designados por el prestatario, en el caso de que se hubiese estipulado en el contrato que tan sólo a la muerte del último de ellos puede el acreedor exigir la restitución del préstamo. Piénsese en que, una vez fallecido el deudor, la finca hipotecada quedara sin habitar porque ninguno de los beneficiarios la tuviera como vivienda habitual; el grado de cuidado sobre un inmueble sin habitar y del que no se es propietario es menor que el del propio dueño.

Como se ha señalado, la norma española no prevé la extinción del préstamo por traslado del deudor a distinto domicilio, ya venga éste constituido por una residencia de ancianos o por otra vivienda particular. De modo que puede suceder también que, aun disfrutando el deudor de la finca hipotecada como vivienda habitual inicial, tal como exige el apartado uno de la Disposición Adicional Primera, pierda después el inmueble esa cualidad porque el prestatario cambie de domicilio. Por tanto, perdería su sentido esta previsión legal si el incumplimiento posterior de dicha exigencia carece de efecto alguno. La desaparición de este inconveniente o contradicción pasaría por eliminar el requisito de que el inmueble objeto de la hipoteca inversa deba constituir la vivienda habitual del prestatario. Otra posibilidad sería permitir que el acreedor pueda exigir el pago del débito por abandono de su domicilio habitual por el deudor. Esta opción, sin embargo, no es, desde luego, la más acorde con la finalidad de la norma que comentamos, prevista para la mayor protección del colectivo de personas mayores.

Por tanto, tal como concluimos en apartados anteriores, hubiese sido oportuna la eliminación del requisito de la cualidad de vivienda habitual que se exige legalmente para poder constituir este tipo de hipoteca —en sentido estricto, regulada por esta Ley— sobre un inmueble del deudor. Esto nos lleva a la agravación, tal cual se ha señalado anteriormente, de la posibilidad de deterioro de la finca, lo que podría favorecer la aplicación en este caso de la acción de devastación. Quizá el problema pueda paliarse, en parte, limitando el número de posibles beneficiarios en razón del grado de parentesco o afectividad que los unen con el deudor prestatario. No obstante, en la realidad práctica, difícilmente pueda darse una hipoteca inversa constituida, por una

parte, sobre la vida de más de dos beneficiarios, o, por otra, en la que no exista relación de parentesco, vínculo conyugal o relación de afectividad análoga a ésta, entre prestatario y beneficiario. Tanto el mecanismo de esta figura —asumiendo riesgos sobre cálculos actuariales y sobre el valor de la finca y los intereses del préstamo—, como los requisitos subjetivos del deudor —persona mayor de sesenta y cinco años o con dependencia— y su finalidad hacen, al menos, bastante improbable, que se concierte una hipoteca de este tipo que perdiera la rentabilidad a que está destinada, bien para el deudor, o bien, sobre todo, para el acreedor; ya se cuidará bien éste de asegurarse su rédito.

V. EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA DEUDA HIPOTECARIA

1. LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA DEUDA HIPOTECARIA A LOS BIENES DE LA HERENCIA

Tal como se ha adelantado en relación a la extinción del préstamo o crédito, añade el apartado sexto de la Disposición Adicional Primera de la Ley: «Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria».

La redacción de este apartado fue objeto nuevamente de la proposición de diversas enmiendas al texto inicial del Proyecto, al entenderse que la previsión por él contenida podía perjudicar de forma notable al colectivo de personas mayores. En concreto, se propuso sustituir el tenor literal del inciso referente al alcance de la responsabilidad sobre los bienes de la herencia, en los siguientes términos: «el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcance la garantía real de la deuda» —Grupo Popular—; o bien, «el acreedor no podrá reclamar a los herederos sobre otros elementos del patrimonio de éstos distintos a dicha vivienda», según propuesta del Grupo de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. Una tercera posición —defendida por Esquerra Republicana— consistía en eliminar completamente este apartado sexto de la Disposición Adicional Primera.

La justificación que se esgrimía por el Grupo Popular en apoyo de la enmienda era la siguiente: «Proponemos suprimir que se extienda la responsabilidad para el pago de la deuda contraída al resto de los bienes del deudor hipotecario, de forma que no se pueda abrir la posibilidad de que el acreedor reclame sobre otros bienes del deudor, pues esta regulación debe ser seme-

jante a lo que sucede en las hipotecas reales, en las que la deuda está cubierta con una garantía real y no es extensible al resto de los bienes del deudor, es más, esta garantía real es valorada anticipadamente por el acreedor y forma parte inherente del riesgo del negocio jurídico del crédito. Por tanto, no sería deseable extender la garantía sobre el resto de los bienes del deudor, sobre todo cuando sus herederos no tienen control sobre la “ejecución” de la garantía, en este caso la vivienda».

No parece, a nuestro juicio, que la justificación de la enmienda se encuentre bien argumentada. Si reflexionamos sobre la cuestión partiendo de la base del principio general de que el heredero sucede al causante en sus derechos y obligaciones, el apartado sexto lo que hace, en verdad, es poner límite a la responsabilidad universal del deudor, que preconiza el artículo 1.911 del Código Civil. A este respecto, establece el artículo 105 de la Ley Hipotecaria: «La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil». Esto es lo que provoca que, constituida la garantía hipotecaria, el acreedor disponga de dos clases de acciones: la acción personal contra el deudor en caso de incumplimiento, conforme al artículo 1.911 del Código Civil, y la real contra la finca hipotecada. No obstante, cabe en nuestro ordenamiento, por virtud del artículo 140 de la Ley Hipotecaria, pactar la limitación de la responsabilidad personal al importe de los bienes hipotecados, pacto, por lo demás, de uso no frecuente.

De no existir, por tanto, este apartado de la Disposición —y en ausencia de hipoteca de responsabilidad limitada—, los herederos del prestatario tendrían que responder con sus bienes de las deudas del causante más allá de los bienes de la herencia. Lo previsto por el precepto viene a funcionar, en realidad, como una especie de aceptación de la herencia a beneficio de inventario, de carácter legal y para el concreto supuesto de una deuda hipotecaria de esta naturaleza.

No puede, por tanto, justificarse la enmienda con apoyo en el régimen general de la institución hipotecaria convencional argumentando la responsabilidad exclusivamente real que deriva de la garantía hipotecaria, pues, como es sabido, el deudor hipotecario responde con todos sus bienes del pago de la deuda, no sólo con el inmueble hipotecado. La única explicación posible que podemos encontrar a esta apreciación es que los enmendantes se estén refiriendo al proceso de ejecución hipotecario, en el que tan sólo es posible la exigencia al deudor de la devolución del préstamo con el límite del valor del bien hipotecado, debiéndose acudir al procedimiento ejecutivo ordinario para exigir, en su caso, el resto de la deuda que quede por pagar. En cualquier otro caso, el texto justificativo de la enmienda carece de base legal, por cuanto la responsabilidad real de la hipoteca se predica respecto del tercer

poseedor —que, como se suele decir, responde pero no debe—, no ostentando esta condición, obviamente, los herederos del deudor.

Por tales razonamientos, la completa supresión del apartado sexto, que se proponía en otra de las enmiendas, daría como resultado la entrada en aplicación de la regla general de la responsabilidad del deudor, en este caso de los herederos del deudor causante. Piénsese en que ésta sería, indudablemente, la peor solución para la protección del prestatario, en cuanto se podría ver presionado, de alguna manera, por sus herederos para no concertar este tipo de hipoteca.

Ahora bien, desde otra perspectiva, no cabe duda de que la previsión contenida en las enmiendas sobre la posibilidad de que el acreedor pueda ejercitar su derecho de cobro del crédito sólo hasta donde alcance la garantía real de la deuda, es la que favorece en mayor medida al prestatario. De hecho, la modificación, aun rechazada inicialmente en el Congreso, fue admitida en el Senado, aunque fuera suprimida finalmente en el texto definitivo posteriormente aprobado por el Congreso.

No obstante, la opción que se proponía hace que aumente el riesgo del negocio para el acreedor —siguiendo nuestra postura sobre el concepto de hipoteca inversa vitalicia antes analizado—, pues, en el caso de que el deudor viva más de lo esperado y se distorsionen los cálculos actuariales realizados en relación al valor del inmueble, el montante de lo adeudado podría superar el valor de la finca hipotecada. Ésta es, sin embargo, característica propia de las hipotecas inversas en Estados Unidos, en las que se prevé que el prestatario nunca va a deber más que el valor del inmueble hipotecado al momento de la devolución del préstamo. Por esta razón, se dice que las hipotecas inversas son generalmente *nonrecourse loans*, lo que significa que para satisfacer su crédito, el acreedor no tiene más recurso que la casa del deudor, pues no puede agredir el resto del patrimonio de éste, ni sus rentas, ni otras propiedades, ni a sus herederos (9).

Parecidas consideraciones cabe realizar respecto del texto que se pretendía enmendar —el del apartado sexto de la Disposición Adicional Primera— en cuanto, al restringirse por éste la responsabilidad de los herederos por la deuda a los bienes de la herencia, el acreedor podría verse privado de cobrar el crédito en su totalidad, al no disponer la herencia de caudal suficiente para que los herederos puedan hacer frente al pago total del crédito. Piénsese que, en muchas ocasiones, el patrimonio hereditario se reducirá a poco más que el capital inmobiliario que suponía para el causante la vivienda familiar; es

(9) De ahí la importancia que la obligación de concertar un seguro de renta vitalicia ha adquirido en Estados Unidos como medio de eliminar el riesgo de que el prestatario viva más de lo esperado. Si esto sucede, el seguro cubre el riesgo, incluso si el montante del crédito más los intereses devengados exceden del valor real de la finca y el préstamo sea *non recourse*, HAMMOND, C. V., *op. cit.*, pág. 184.

más, téngase en cuenta que fue precisamente ésa la causa de concertarse la hipoteca inversa, que permite al prestatario, que sólo dispone de un capital inmobiliario, adquirir liquidez para la mejor atención de sus necesidades.

Podría decirse, no obstante, que la previsión legal apuesta por una «solución intermedia» para el conflicto de intereses que afronta. Así, por una parte, ofrece al prestatario que concierta una hipoteca inversa, mayor protección de la que se derivaría de una hipoteca convencional y, por otra, no eleva esa protección hasta el punto de restringir la responsabilidad de los herederos del deudor al valor de la finca hipotecada, eludiendo, de este modo, los efectos negativos que de ello se derivarían, tanto para el acreedor, como para el eventual prestatario, que vería coartadas sus posibilidades de concertar una hipoteca de este tipo.

En definitiva, si se hubiese atendido a la enmienda que apostaba por la máxima restricción del ámbito de la garantía hipotecaria —ciñéndolo al valor de la finca—, la «hiperprotección» que se pretende dar a la persona anciana puede volverse en su contra, imposibilitándola para concertar una hipoteca que podría, en muchos casos, no aparecer como un buen negocio para las entidades crediticias. La opción intermedia puede ser, pues, la más acertada.

En este punto, debemos volver al apartado VIII del Preámbulo de la Ley 41/2007, que, definiendo la hipoteca inversa, disponía la posibilidad de que el prestatario dejara de recibir las rentas en el caso de que viviera más de lo calculado y se sobrepasara el importe máximo del crédito concedido. Como ya adelantamos, esta concepción de la hipoteca inversa no parecía acorde con lo preceptuado por la Disposición Adicional Primera interpretada en su conjunto. Y, así, ya en concreto, esta definición genérica de la hipoteca inversa no se compadece bien con las previsiones sobre limitación de la responsabilidad hipotecaria recogidas expresamente en el apartado sexto de la citada Disposición, por cuanto, si queda eliminada la posibilidad de un patrimonio negativo para la entidad crediticia, no sería necesario limitar la responsabilidad del pago de la deuda, pues ésta siempre quedaría circunscrita al montante del préstamo calculado sobre el valor de la finca.

No obstante, queda la posibilidad de pensar que dicha limitación está ideada para el caso de que se generaran cuantiosos intereses una vez superado el límite máximo estipulado, después de dejar de pagarse la renta y hasta el fallecimiento del prestatario. En este supuesto, la posibilidad de existencia de un patrimonio negativo no quedaría totalmente eliminada, aunque sí fuertemente reducida. Aunque debe también tenerse en cuenta, a estos efectos, que, atendiendo a la citada definición, dicho importe máximo viene determinado por un porcentaje del valor de tasación de la finca en el momento de la constitución, por lo que debe pensarse que siempre existirá cierto margen entre el importe calculado sobre dicho porcentaje y el valor de la finca en el momento de la reclamación del préstamo.

2. LA EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA A LOS INTERESES DE LA DEUDA: LA EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 114.2 DE LA LEY HIPOTECARIA

La «solución intermedia» inicialmente prevista —y finalmente adoptada— debía parecerle idónea al Grupo catalán, que aunque propuso una enmienda al apartado sexto de la Disposición Adicional Primera, tan sólo se refería a la necesidad de excluir la aplicación del artículo 114.2 de la Ley Hipotecaria, relativo a la extensión de la hipoteca a los intereses de la deuda, pareciéndole, por tanto, oportuna la limitación de responsabilidad a los bienes de la herencia que preconizaba la norma proyectada. En atención a esa enmienda, se añadió ese segundo inciso del apartado sexto en el texto de la definitiva Ley.

Esta enmienda, relativa al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, también fue formulada por el Grupo Popular con idéntica justificación y los mismos términos esgrimidos por el Grupo catalán. Se sostiene que, dadas las particulares características de la hipoteca inversa, en la que no existe reembolso del capital ni pago de intereses por el deudor hipotecario, y la deuda sólo es exigible al fallecimiento del mismo, no está justificada en este caso la limitación legal de cinco años de cobertura hipotecaria para los intereses.

Según se desprende de la propuesta, parece que vuelve a confundirse aquí el papel que juegan los herederos en el negocio hipotecario. El artículo 114 de la Ley Hipotecaria regula la extensión de la garantía a los intereses del crédito con respecto de terceros, quedando, como se ha aclarado anteriormente, los herederos del deudor excluidos de la consideración de terceros, en tanto sucesores en la posición del causante, deudor hipotecario. Por tanto, en un apartado que se refiere al pago por los herederos de la deuda hipotecaria, una vez fallecido el prestatario, no puede haber una llamada a la exclusión del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, por cuanto este precepto no resulta de aplicación en ningún caso. Verdaderamente, tal como se argumenta en la justificación, los herederos responderán de la totalidad de los intereses de la deuda; pero esto será así, no porque exista pacto al respecto, sino porque en ellos recae la condición de deudores. Si se entendiera aplicable aquí el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, debería interpretarse que, salvo pacto en contrario, los herederos sólo responderían de los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente; por su parte, la enmienda daría lugar a la posibilidad de que el pacto en contrario abarcara a todos los intereses vencidos, sin que existiera el límite de los cinco años que, como máximo, permite el párrafo segundo del artículo 114 de esta Ley.

Otra cosa sería que la finca se hubiese transmitido a un tercero, posibilidad que, como hemos visto, fue descartada expresamente —so pena de cancelación anticipada— mediante la introducción de una enmienda en la norma inicialmente proyectada. Hemos interpretado que el silencio de la norma originaria al respecto respaldaba el principio general de la libre dis-

ponibilidad de la finca por el deudor hipotecario, principio que, en virtud de ciertas enmiendas, debía verse limitado en el sentido de permitir la declaración de vencimiento anticipado del crédito por parte del acreedor. Pues bien, atendiendo al Proyecto, en el caso de que el deudor procediera a la enajenación de la finca hipotecada, el fallecimiento del prestatario daría lugar a la reclamación del crédito a los herederos del deudor, que podrían decidir no reembolsar los débitos vencidos. Es en este caso cuando aparece el tercer poseedor de la finca hipotecada, a quien el acreedor podrá reclamar la deuda con el límite de intereses a que se refiere el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, siguiendo el esquema de la hipoteca convencional.

En el caso de la hipoteca convencional, los sucesivos impagos habrán provocado la ejecución, continuando el crédito devengando intereses hasta que la misma tenga lugar. En cambio, en el supuesto de la hipoteca inversa, el fallecimiento del deudor dará derecho al acreedor a reclamar los débitos vencidos con sus correspondientes intereses, de modo que, al momento de la ejecución, el acreedor tendrá derecho a exigir los débitos e intereses que hasta ese momento se hayan devengado, por cuanto no se ha entregado un capital en préstamo, sino que éste ha consistido en la entrega de cantidades periódicas, con sus respectivos intereses, hasta que ha acaecido la muerte del prestatario.

En definitiva, la limitación a los intereses respecto de terceros tan sólo tendría sentido si consideráramos que, entre el momento del fallecimiento y el de la reclamación, han transcurrido más de las dos anualidades a las que el artículo 114 de la Ley Hipotecaria extiende la garantía hipotecaria en perjuicio de tercero. Se trataría, por tanto, de expandir el significado de este precepto, adaptándolo a las peculiaridades de la hipoteca inversa, en la que no existen, al menos por lo general, los conceptos de capital prestado e intereses devengados. De este modo, el tercero respondería de todos los débitos vencidos, y de sus intereses hasta un máximo de dos anualidades más la parte vencida de la anualidad corriente, salvo en el caso de que se haya pactado que el tercero responda por todos los intereses vencidos. Claro que debe tenerse en cuenta que, desde el momento del fallecimiento del deudor, el acreedor dejará de abonar las prestaciones y, por tanto, debe precisarse sobre qué concepto se devengarán entonces los intereses.

Otra posibilidad de que entrara en juego esta limitación respecto de los intereses sería aceptar la concepción de hipoteca inversa que aparece reflejada en el apartado VIII del Preámbulo de la Ley 41/2007, que, como vimos, permite al acreedor dejar de abonar la renta al deudor si éste vive más tiempo del esperado y se supera el importe máximo del crédito concedido. En este supuesto, entraría de lleno en aplicación esta previsión referente a los intereses devengados, en cuanto, como dispone el Preámbulo, una vez alcanzado el importe máximo previsto, el mayor o dependiente deja de percibir la renta y la deuda sigue generando intereses. Para que todos los intereses devengados

queden cubiertos por la garantía hipotecaria, será necesario haberlo pactado así en el momento de la constitución de la garantía; de lo contrario, entraría en juego la limitación respecto de los intereses exigibles prevista por el primer párrafo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria (últimos dos años más la parte vencida de la anualidad corriente).

Esta enmienda que comentamos resulta, asimismo, curiosa porque los mismos grupos parlamentarios que la formulan, defienden también la que permite al acreedor declarar el vencimiento anticipado de la deuda por la transmisión de la finca hipotecada por el deudor. De modo que, con la Ley Hipotecaria en la mano —aplicación del art. 114 para el caso de existencia de terceros—, la limitación de intereses tan sólo tendría lugar si el acreedor decide renunciar a esta facultad y no declara vencido el préstamo una vez enajenada la finca a un tercero.

A pesar de estas consideraciones, la enmienda fue aceptada y, definitivamente, se excluyó en este precepto la aplicación del apartado segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria. ¿Debe interpretarse, por tanto, que, salvo pacto en contrario, la hipoteca no asegurará, con perjuicio de los herederos —que no terceros—, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente?; ¿y que, en caso de existir pacto, no existe límite temporal alguno en cuanto a la exigencia de los intereses de la deuda, calculados como se haya acordado?

Distintas observaciones pueden realizarse en el caso de que el negocio se haya concertado sobre la entrega al deudor de una prestación única en el momento de constituirse la hipoteca inversa, tal como permite el apartado 1.b) de la Disposición Adicional Primera de la Ley. La entrega inmediata del capital prestado haría reducir, como ya apuntamos, las diferencias entre la hipoteca inversa y la hipoteca convencional. Así, la entrega inicial del capital iría devengando los intereses estipulados, calculados según los correspondientes índices, no sólo hasta la muerte del prestatario, sino en tanto el préstamo no haya sido devuelto por los herederos. Claro que esto tampoco justifica la llamada al artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

VI. PREVISIONES DE CARÁCTER ECONÓMICO Y FISCAL

La contratación de la hipoteca inversa ha venido a ser contemplada por nuestro ordenamiento con la finalidad de ofrecer a las personas de avanzada edad un nuevo instrumento financiero para atender a sus necesidades. Para ello la regulación de esta figura se orienta a conceder beneficios fiscales a sus beneficiarios, haciéndola de mejor trato que una hipoteca convencional. Esta finalidad fue la única observada por la Proposición de Ley presentada por el Grupo Catalán en el Congreso en noviembre de 2005 —finalmente retira-

da—, que no recogía otra cosa que no fuera estos beneficios fiscales, sin entrar de lleno en la regulación de los requisitos de esta figura.

La Ley que se ha aprobado comienza, sin embargo, por tratar de perfilar una nueva modalidad de hipoteca, para concederle después los beneficios fiscales que deben hacer de esta figura un instrumento jurídico adecuado para el objetivo perseguido. De ello se ocupan los apartados siete, ocho y nueve de la Disposición Adicional Primera de la Ley, que tratan de potenciar la utilización futura de la hipoteca inversa, dado su carácter de vehículo de protección de las personas mayores o dependientes.

En concreto, en virtud del apartado séptimo, «Estarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados las escrituras públicas que documenten las operaciones de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación».

El apartado octavo reza del siguiente modo: «Para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes a los “Documentos sin cuantía” previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios».

Y el noveno dispone: «Para el cálculo de los honorarios registrales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2, “Inscripciones”, del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por 100».

La Ley prevé, pues, distintos mecanismos de exención o reducción de impuestos para el constituyente de la hipoteca inversa, aunque no realiza previsiones sobre el impuesto de la Renta de las Personas Físicas, tal como hacía la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Catalán y posteriormente retirada, que introducía modificaciones en esa Ley relativas a la reducción de la base imponible por constitución de préstamos o créditos hipotecarios para asistir a las necesidades económicas de la vejez y la dependencia.

No obstante, debe tenerse en cuenta, a los efectos que aquí comentamos, que la hipoteca inversa cuenta con ciertas ventajas en el ámbito tributario de las que carecen otras figuras de perfiles similares. Así, al no constituir transmisión patrimonial alguna, no queda sujeta, al contrario de lo que sucede en el caso del contrato de renta vitalicia, al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. Por otra parte, la hipoteca inversa también se beneficia de la reducción de los porcentajes que se pueden cobrar por cancelación anticipada, que la nueva Ley 41/2007 limita al 0,25 por 100 del capital, para amortizaciones totales o parciales, si la cancelación se produce pasados los primeros cinco años de vida del crédito o préstamo.

Finalmente, la Disposición Adicional Cuarta de la Ley se ocupa del aseguramiento de rentas futuras por la constitución de una hipoteca inversa, para el caso de que se destinen las prestaciones periódicas que pueda obtener el beneficiario, total o parcialmente, a la contratación de un plan de previsión asegurado, realizando modificaciones en el artículo 51.3 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el sentido de asimilar a la contingencia de jubilación prevista en la letra *b*) de dicho precepto, la situación de supervivencia del tomador una vez transcurridos diez años desde el abono de la primera prima de dicho plan de previsión asegurado.

VII. REFLEXIONES FINALES

Recuerda el Preámbulo de la Ley 41/2007, que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, dispuso, en su Disposición Adicional Séptima, que el Gobierno, en el plazo de seis meses, promovería las modificaciones legislativas que procedan para regular la cobertura privada de las situaciones de dependencia, y que, con el fin de facilitar la cofinanciación por los beneficiarios de los servicios que se establecen en la ley, se instaría la regulación del tratamiento fiscal de los instrumentos privados de cobertura de la dependencia.

A tal fin, siendo consciente el legislador, tal como también dispone el Preámbulo de la Ley 41/2007, de que hacer líquido el valor de la vivienda mediante productos financieros podría contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tienen España y la mayoría de los países desarrollados —la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida—, se introduce en esta Ley la regulación de la hipoteca inversa.

Indudablemente, el refrendo legal de la hipoteca inversa en nuestro ordenamiento resulta sumamente plausible, máxime cuando, en estos últimos años, este producto había empezado a comercializarse por algunas entidades bancarias (10). El respaldo legal de esta figura se revelaba como altamente recomendable, si no necesario, dado el colectivo especialmente vulnerable al que esta modalidad hipotecaria va dirigida.

Nos queda ahora reflexionar si, realmente, la hipoteca inversa puede ser una solución idónea a los problemas de falta de liquidez de las personas

(10) Puede decirse que son pocas las entidades que ofertan este producto, teniendo en cuenta que son más de cuatrocientas las entidades financieras que operan en España. La mayoría de las entidades que ofrecen la contratación de hipotecas inversas o figuras afines son Cajas de Ahorro, como Caixa Terrassa (con el nombre de Pensión Hipotecaria), Caixa Galicia, Ibercaja, Caja Navarra, La Caixa, Caixa Girona, Caixa Sabadell, etc.).

mayores, convirtiéndose en un modelo válido como instrumento para la cobertura privada de las situaciones de dependencia, y si su tratamiento legal ha sido, por medio de esta Ley, el más conveniente.

Tal como se indicaba al inicio de estas páginas, la realidad social española viene mostrando que es elevado el número de personas mayores que llega a un estado de dependencia, situación que requiere de ciertas atenciones que muchas personas ancianas deben afrontar sin disponer de medios económicos suficientes. En estos últimos años, esta realidad se ha visto acompañada de un importante incremento del valor de los bienes inmuebles; y, a pesar de que esta circunstancia ha supuesto un aumento del esfuerzo que debe realizarse para adquirir la vivienda habitual, también ha representado una intensa revalorización de los activos inmobiliarios.

Es también una realidad palpable que muchas personas mayores tienen la mayor parte de su patrimonio en capital inmobiliario —el 81 por 100 de las familias españolas tiene una vivienda en propiedad, de las que el 92 por 100 son mayores de sesenta y cinco años—, en el que han ido invirtiendo la mayoría de los ahorros conseguidos a lo largo de su vida laboral. Y, aunque la propiedad de la vivienda habitual no produce, directamente, rentas que puedan ayudar a subvenir las necesidades económicas de las personas mayores, sí puede convertirse, por medio de los mecanismos jurídicos y económicos adecuados, en un importante activo que alivie los imponderables económicos derivados de la ancianidad o la dependencia.

La reflexión sobre estos datos o circunstancias es lo que llevó a algunas entidades bancarias a lanzar al mercado nuevos productos crediticios dirigidos especialmente a las personas mayores que ostentan la propiedad de un inmueble. Entre estos nuevos productos crediticios se encuentra la hipoteca inversa, figura que intenta trasladarse, como sabemos, a nuestros mercados, importada del ámbito anglosajón.

Según hemos tenido oportunidad de comprobar, la hipoteca inversa ofrece indudables ventajas económicas a las personas de avanzada edad o dependientes, lo que no puede ocultar los inconvenientes que la introducción de una figura de sus características en nuestros mercados supone.

Entre las bondades que se predicán de la hipoteca inversa se ha apuntado el hecho de que, a diferencia de otros productos financieros —como la renta vitalicia o vivienda pensión—, este nuevo instrumento permite, además de aportar liquidez al patrimonio inmobiliario, mantener la propiedad de la vivienda y materializar la revalorización del inmueble, sin perjudicar a la persona en situación de dependencia y sin lesionar tampoco las expectativas de los herederos.

En el ámbito más estrictamente hipotecario, tomando como referencia el modelo de la hipoteca clásica o convencional, la hipoteca inversa ofrece ciertas ventajas sobre aquélla. Así, en el esquema de la hipoteca inversa

no existe la obligación de realizar pagos periódicos a cargo del deudor, ni tiene éste que reembolsar la deuda antes de su muerte; el deudor cuenta con la salvaguardia de una renta periódica segura y la garantía, según la nueva normativa, de que el montante de la deuda exigible a los herederos nunca puede superar el valor de los bienes de la herencia. Claro que, por estas razones, la hipoteca inversa es un producto financiero de más alto coste que una hipoteca ordinaria.

A pesar de todas estas ventajas, puede decirse que la hipoteca inversa no ha alcanzado demasiado éxito, al menos no el éxito esperado, lo que puede desprenderse de las cifras del mercado hipotecario en los países donde nació. Así, según datos extraídos del Informe del Presidente del Grupo Estadístico de la Federación Hipotecaria Europea, aunque las hipotecas vitalicias mostraron un aumento de la popularidad durante 2003, esto fue debido a la combinación de un aumento de los precios de la vivienda y el descenso de los tipos de interés. En términos absolutos, sin embargo, existe un número muy limitado de operaciones. En el Reino Unido se formalizaron 26.000 nuevos préstamos en 2004, mientras que en Estados Unidos no superaron los 35.000. «El aumento del número de garantías —señala el Informe—, consejos de expertos externos, garantías contra un patrimonio negativo y la aplicación de tipos fijos en el caso particular del Reino Unido, han aliviado algunas de las reticencias que surgieron a raíz de las dificultades de los primeros prestatarios. Sin embargo, todavía existen numerosos obstáculos culturales que explican en parte, por qué esta clase de préstamos aún no se ha desarrollado en la Europa Continental».

No contamos con datos oficiales sobre el número de hipotecas inversas que existen en España, pero se calcula que, según fuentes del sector, hay sólo unos pocos miles (11). Sostiene Claude TAFFIN en su citado Informe, que los hogares europeos muestran diferentes grados de propensión al endeudamiento, en su mayoría inferior al de los británicos y estadounidenses, tal vez por razones culturales, aunque no se pueda obviar la importancia del sistema fiscal que, al menos en Estados Unidos, fomenta poderosamente el crédito hipotecario. En Francia, por ejemplo, se considera como una espada de Damocles, una amenaza permanente para el ansiado estatus de propietario de vivienda; el crédito al consumo mediante préstamos hipotecarios no existe en todos los países, mientras resulta habitual en los de habla inglesa, incluso entre las personas de mayor edad. Las diferencias en las actitudes y prácticas, sostiene el Presidente del Grupo Estadístico de la Federación Hipotecaria Europea, parecen constituir un argumento más sólido para explicar la inexistencia de hipotecas vitalicias en Francia que la vinculación a la vivienda y el

(11) PASCUAL, R., *Hacia menos herencias y más rentas vitalicias*, cincodias.com, 13 de julio de 2007.

deseo de transmitirla hereditariamente, rasgos que parecen observarse igualmente en los países de habla inglesa.

Sin embargo, parece ser cierto que el peso del deseo de transmisión hereditaria a los hijos es muy fuerte en los españoles, en cuanto se eleva al 90 por 100 el porcentaje de los que piensan dejar su vivienda en herencia a sus hijos o familiares (12). Pero, como apunta Claude TAFFIN, debe tenerse en cuenta que la edad de fallecimiento hoy es tan elevada, que resta considerable valor al beneficio de la transmisión física del inmueble a unos herederos directos que ya poseen una vivienda. Por el contrario, una de las ventajas de la hipoteca vitalicia es que ofrece a los prestatarios la posibilidad de prestar ayuda económica a sus hijos, nietos y otros parientes, siendo éste, precisamente, uno de los destinos de los fondos citado por cada cuatro prestatarios del Reino Unido.

En este sentido, puede decirse, según aseguran J. COSTA FONT, J. GIL-TRASFÍ y O. MARCARILLA MIRÓ, en el trabajo «Capacidad de la vivienda en propiedad como instrumento de financiación de las personas mayores en España», que la mentalidad española de «fuerte cultura de la herencia» está cambiando. Los autores de este estudio señalan que la mitad de los que ya tienen sesenta y cinco años aseguran que nunca contratarían una hipoteca inversa, mientras que este porcentaje desciende al 38 por 100 en el caso de los que tienen entre cincuenta y sesenta y cuatro años. De esta forma, aunque entre los que están más próximos a la jubilación aumenta la tolerancia a este tipo de instrumentos financieros, la mayoría (37 por 100) sólo suscribiría una hipoteca inversa en caso de necesidad económica y sólo un 2 por 100 lo haría para mejorar su calidad de vida. Por tanto, prácticamente la mitad de la población sí contrataría «si fuera necesario» una hipoteca inversa con un seguro que convirtiera la renta en vitalicia (13).

El nacimiento de la hipoteca inversa se ha visto favorecido por una coyuntura específica, en la que concurren diversos elementos: el aumento de la esperanza de vida, el cambio en las estructuras familiares y sociales de apoyo a la familia, la disminución del poder adquisitivo de los pensionistas y, especialmente en el caso español, el elevado porcentaje de personas mayores propietarias de viviendas en nuestro país. A pesar, sin embargo, de este contexto favorable, este nuevo modelo de financiación no ha obtenido hasta

(12) En opinión de PASCUAL, R., *op. cit.*, los españoles podrían constituir la excepción necesaria para confirmar la «teoría del ciclo vital», elaborada por el premio Nobel de Economía, Franco Modigliani, según la cual: las personas racionales no planean dejar herencias y sí pretenden mantener el nivel de consumo a lo largo de toda la vida. Para ello, el ahorro que acumulan durante los años de su vida activa lo dedican a consumir durante los años de jubilación.

(13) J. COSTA FONT, J. GIL-TRASFÍ y O. MARCARILLA MIRÓ, en el trabajo: *Capacidad de la vivienda en propiedad como instrumento de financiación de las personas mayores en España*, Premio Edad & Vida, 2005. CAEPS, Universidad de Barcelona.

la fecha demasiado éxito, situación a la que contribuyen también diversos ingredientes, entre los que cabe destacar, no sólo la cultura de la herencia, sino el desconocimiento o la falta de información y los elevados costes tributarios, gastos notariales y registrales que la hipoteca inversa supone para el prestatario.

Algunos de estos inconvenientes han ido salvándose en los países anglosajones donde tuvo su origen esta figura, provocando un aumento de la contratación de hipotecas de este tipo en los últimos años. Así, nacida en el Reino Unido en los años sesenta, la hipoteca inversa cayó en desuso a finales de los ochenta, como consecuencia del aumento de los tipos de interés y la caída de los valores inmobiliarios, que dieron lugar a patrimonios negativos, provocando la venta del bien en ausencia de una garantía contra el patrimonio negativo y prácticas que fomentaron una mala reputación del producto. El posterior crecimiento en su comercialización estuvo vinculado al establecimiento por parte de los principales prestamistas de un código de buenas prácticas, como ya indicamos páginas atrás, a lo que hay que sumar el hecho de que la Autoridad de Servicios Financieros tomara responsabilidades respecto de la regulación de las hipotecas inversas. En este contexto, las hipotecas vitalicias aumentaron notablemente entre 2003 y 2005, estimándose en 83.000 los préstamos existentes a finales de 2004. De hecho, según reza el estudio de J. COSTA FONT, J. GIL-TRASFI y O. MARCARILLA MIRÓ, la hipoteca inversa representa un producto con cierta implantación por parte de residentes británicos jubilados que viven en España, en especial en la Costa del Sol.

La evolución del uso de la hipoteca inversa en Estados Unidos ha sido muy similar a la del mercado británico, propiciada por la intervención del Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano y la implantación de los préstamos federales (distribuidos por cualquier entidad de crédito autorizada por la *Federal Housing Administration*), con un seguro contra los riesgos financiados a través de *premiums* pagados por los prestatarios, según ya vimos; posteriormente, la supervisión del Estado Federal y la sujeción a la evaluación de la operación por parte de un experto externo antes de la firma del contrato vinieron también a solucionar las reticencias de muchas entidades para la comercialización de un producto complejo, dirigido a un colectivo tan vulnerable como el de las personas mayores.

En definitiva, de lo que se trata ahora, con la entrada en vigor de la nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa en nuestro país, es de ofrecer el andamiaje jurídico necesario para que esta institución goce en España de buena salud, de cara a cumplir con las expectativas que en torno a la misma se han suscitado, esto es, de convertirse en instrumento apto para ayudar a subvenir las necesidades vitales de la población anciana.

Al margen del ámbito jurídico, los inconvenientes de carácter social que se han señalado a la expansión de la hipoteca inversa deben limarse con el

transcurso de los años. Así, con el paso del tiempo, se irán superando los obstáculos culturales a que se ha hecho referencia, que no favorecen el desarrollo de la hipoteca inversa en España.

No obstante, cierto es que la superación de estas contrariedades será más ágil si viene ayudada de una normativa *ad hoc* que contribuya a incentivar la contratación de la hipoteca inversa por medio de cauces jurídicos oportunos. Así, a nuestro juicio, esta figura podría convertirse en un instrumento válido de autofinanciación de la dependencia, siempre que concurren, de forma especial, dos ingredientes que entendemos básicos: la adopción de unas medidas fiscales favorables a su implantación y la existencia de información específica, clara y segura sobre este producto financiero.

Por medio de la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, el legislador español ha comenzado a disponer los medios necesarios para fomentar la utilización futura de esta modalidad de hipoteca, aunque no pueda obviarse que la nueva normativa adolece de algunas deficiencias.

Como datos positivos de la nueva regulación deben señalarse la limitación en cuanto a la responsabilidad de la deuda hipotecaria a los bienes de la herencia, y los beneficios fiscales que concede a su contratación, aunque éstos no hayan tenido el alcance que formulaba la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Catalán. Entre las notas negativas de la normativa cabría destacar la restricción del objeto de la hipoteca a la vivienda habitual del prestatario —a los efectos de serle de aplicación los beneficios previstos por la nueva norma—, la no extensión de su ámbito subjetivo a cualquier situación de dependencia —al ceñirse éste a las situaciones de dependencia severa o gran dependencia— y algunas deficiencias técnicas de la misma que se han puesto de manifiesto a lo largo de estas páginas, que hacen que la regulación resulte, en algunos aspectos, poco clara.

Por lo que respecta al requisito de la vivienda habitual, su eliminación sin condiciones podría haber ayudado, por ejemplo, a limar la ya mencionada «cultura de la herencia», por cuanto el anciano podría constituir hipoteca inversa sobre un inmueble distinto de la vivienda habitual, desapareciendo el efecto negativo que para él supone que la vivienda familiar pueda desaparecer del patrimonio de sus hijos, si éstos no pudieran hacer frente a la deuda.

En cuanto a las deficiencias técnicas de la Ley, nos parece, en concreto, de especial importancia la escasa claridad con la que se ha conceptualizado la figura, sobre todo por lo que afecta a un elemento tan básico para su constitución como es la seguridad con la que ha de contar el prestatario de seguir percibiendo las rentas si, una vez superado el montante máximo del crédito concedido, vive más de lo inicialmente calculado. Como ya expusimos, en virtud del concepto de hipoteca inversa que introduce el párrafo VIII del Preámbulo de la Ley 41/2007, concurriendo tales circunstancias, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta, continuando la deuda generando

intereses. Aunque dicho concepto no se reproduce posteriormente entre los distintos apartados de la Disposición Adicional Primera de la Ley, tampoco se ocupa ésta de clarificar la cuestión de forma incontestable, lo que, desde nuestro punto de vista, hace que la norma resulte poco precisa y, en gran medida, fuente de cierto desasosiego.

Hemos querido interpretar —pues, todo hay que decirlo, bien puede interpretarse lo contrario—, que la intención del legislador no ha sido la de permitir que, a falta de un seguro de renta vitalicia, el anciano deje de percibir una renta que le resulta imprescindible para atender sus necesidades vitales. Sin embargo, lo deseable hubiese sido que este carácter aleatorio del negocio quedara perfectamente identificado y definido por la Ley. El legislador podría haberlo dispuesto así expresamente, conduciendo a las entidades crediticias a concertar el correspondiente seguro para garantizar el pago vitalicio de la renta; o, caso contrario, exponer claramente las consecuencias desfavorables que para el anciano tendría no concertar un seguro de renta vitalicia. Debemos confiar, en cualquier caso, en que las previsiones que establece la Disposición Adicional Primera de la Ley, relativas al régimen de transparencia y protección de la clientela, que imponen a las entidades crediticias la obligación de suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto —teniendo en cuenta su situación financiera y los riesgos económicos derivados de su suscripción—, constituyan instrumentos suficientes para paliar la apuntada deficiencia.

En todo caso, la valoración general sobre la nueva normativa es positiva, por varias razones: primeramente, por lo que supone de paso adelante en la creación de instrumentos jurídicos directamente pensados para las situaciones de ancianidad y dependencia; en segundo lugar, porque ello demuestra la diligencia del legislador español en la atención de estas preocupaciones sociales; en tercer lugar, porque debe considerarse que esta Ley encontrará futuro desarrollo normativo que perfeccione algunos aspectos de la regulación de la hipoteca inversa —como la forma y requisitos del asesoramiento de los prestatarios— que todavía quedan por perfilar.

RESUMEN

HIPOTECA INVERSA

Este trabajo tiene por finalidad dar a conocer la nueva normativa española reguladora de la hipoteca inversa, que ha venido a incorporarse a nuestro ordenamiento jurídico por medio de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que

ABSTRACT

REVERSE MORTGAGE

The object of this paper is to report on the new Spanish legislation regulating reverse mortgages, which was incorporated in our laws by means of Act 41/2007 of 7 December amending Act 2/1981 of 25 March on the Mortgage Mar-

se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. El legislador ha tenido a bien regular, por primera vez, la hipoteca inversa en nuestro país, a través de la Disposición Adicional Primera de esta Ley, por lo que este artículo trata de realizar un seguimiento de la tramitación parlamentaria de esta normativa, exponiendo las distintas enmiendas que se han ido formulando a su articulado por los distintos grupos parlamentarios, con la finalidad de explicar no sólo las medidas legales definitivamente adoptadas, sino las distintas opciones sobre las que ha trabajado el legislador. En este contexto, sobre la redacción final del texto se han ido expresando distintas opiniones relacionadas con la oportunidad de la regulación finalmente otorgada a la hipoteca inversa, y sobre la conveniencia o no de haber adoptado otras, especialmente, las propuestas en las distintas enmiendas que han sido rechazadas durante la tramitación parlamentaria de la norma. Se trata de un estudio sistemático, que sigue fielmente el orden de los diez apartados de que consta la Disposición Adicional Primera, con la intención de definir, desde su concepto y caracterización, esta nueva modalidad de hipoteca de la forma más clara posible, ubicándola con perfiles rigurosos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, particularmente por la importancia del papel que está llamada a desempeñar para el colectivo de personas mayores o dependientes al que esta figura va dirigida.

ket Regulation and other rules on the mortgage and financial system, regulating reverse mortgages and dependent's insurance and establishing certain tax-related rules. Legislators have seen fit to regulate reverse mortgages for the first time in our country, through additional provision one of this act, and so this article attempts to track the law's journey through parliament, telling of the different amendments that were formulated by the different parliamentary groups, with the purpose of explaining not only the definitive legal measures taken, but also the different options the legislators worked with. In this context, different opinions have been given on the final wording of the text, concerning the advisability of the regulation finally passed on reverse mortgages and the wisdom or otherwise of having taken other measures, especially those proposed in the different amendments that were voted down during parliamentary processing. This is a systematic study that faithfully follows the order of the ten sections of which additional provision one consists, with the intention of defining this new type of mortgage as clearly as possible from the standpoint of its concept and characterisation, situating it with rigorous profiles within our legislation, particularly because of the importance of the role it is fated to play for the collective of the elderly and the dependent, who are the stakeholders the concept is meant to address.

(Trabajo recibido el 13-12-07 y aceptado para su publicación el 1-4-08)